Taller de Investigación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

"Dr. JOSÉ MATÍAS MANZANILLA"

de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Resolución Decanal Nº 667-D-FD-2006)

REVISTA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Ciudad Universitaria de San Marcos, Lima, Perú

Año IV Lima, diciembre 2017 N° 4

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2014-13219

ISSN 2414-3022

Editado por: Gerson Merma Abad

Diseño y diagramación: Metanoia Editores

Impreso en:
EMPASTES JENIFFER & AARON SERVICIOS GENERALES E.I.R.L.
Jirón Azángaro 1043 –Lima

Prohibida su reproducción total o parcial sin autorización escrita del editor.
Lima- Perú, enero 2019

Revista de Derecho del Trabajo
y Seguridad Social del
Taller de Investigación de Derecho
del Trabajo y de Derecho de la Seguridad Social
"Dr. José Matías Manzanilla" de la
Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional
Mayor de San Marcos

MIEMBROS HONORÁRIOS

Dr. Rodolfo Capón Filas (Argentina)(+)
Dr. Domingos Savio Zainaghi (Brasil)
Dra. Martha Monsalve Cuellar (Colombia)
Dr. Martin Fajardo Cribillero (Perú)
Dr. Teodosio A. Palomino (Perú)
Dr. Jesús Cruz Villalón (España)
Dr. Carlos Manuel Palomeque López (España)
Dr. Francisco Pérez Amorós (España)
Dr. Ángel Guillermo Ruiz Moreno (México)
Dr. Michele Tiraboschi (Italia)
Dr. Jorge Luis Elizondo (Argentina)

COMITÉ CONSULTIVO

Dr. Francisco Javier Romero Montes
Dr. Francisco Gómez Valdez
Dr. Simeón Huancahuari Flores
Dr. Eduardo Marcos Rueda
Dr. Roberto Rendón Vásquez
Dr. Omar Toledo Toribio

COMITÉ DE REDACCIÓN

Editor Abog. Gersón Merma Abad
Alumn. Yasser Benancio Vásquez
Alumn. Ciro Yordiño Colque Canales
Alumn. Perú Estefany Palomino Ovalle
Alumn. Violeta Mena Ruiz

COMITÉ DE IMPRESIÓN

Abog. Elizabeth Dayuza Lizardo Romualdo
Abog. Jesús Rodríguez Chunga
Lic. María Lidia Palacios Mayorca
Abog. Milagros Morales Yauri

MIEMBROS DEL TALLER MANZANILLA

Docente Asesor Dr. Francisco Javier Romero Montes
Miembro Honorario Dr. Luis Aparicio Valdez (+)
Coord. Gral. Alumn. Yasser Benancio Vásquez
Coord. Adm. Alumn. Ciro Yordiño Colque Canales
Coord. Acad. Alumn. Perú Estefany Palomino Ovalle
Coord. Actas. Alumn. Violeta Mena Ruiz
Alumn. Pamela Giulianna Pérez Raymundo
Alumn. Brisa Yessamil Aliaga Bendezu
Alumn. Jharumy Chavez Uturunco
Alumn. Deysi Arango Llantoy
Alumn. Ginella Morante Toledo
Alumn. Carlos Villar Salcedo
Bach. Max Henry Chauca Salas
Bach. Luis Alberto Quintana García
Bach. David Camarena Calero
Bach. Renato Porras Nicho
Abog. Luis Alberto Serrano Díaz
Abog. Gersòn Merma Abad

Índice

Presentación 7
Editorial 9

- Precursores del derecho social: José Manuel Ramírez-Gastón Jurado de los Reyes, primera ley del trabajador empleado en América
  Gersón Merma Abad (Perú) 11
- El impacto académico de la reglamentación del trabajo de la mujer y el niño (Lima-1918) del doctor José Matías Manzanilla Barrientos
  Augusto Lostaunau Moscol (Perú) 27
- La suspensión del contrato de trabajo por maternidad durante el periodo pre y post natal: descripciones y derechos vinculados
  Carmen Lucía Torres Cueva (Perú) 37
- El significado de la remuneración en el proceso de trabajo: análisis, crítica y perspectiva de las teorías remunerativas desde el punto de vista de la corriente crítica del derecho laboral
  Luis Alberto Quintana García (Perú) 47
- El problema de la naturaleza del contrato de trabajo: de las tesis civilistas hacia una teoría crítico-jurídica
  Max Henry Chauca Salas (Perú) 69
- Reforma laboral de 2012 y devaluación salarial en España
  Francesc Pérez Amorós (España) 88
- La multiperiodalidad de la jornada de trabajo: un enfoque italiano y su aplicabilidad a la problemática del trabajo en horas extras en el Perú.
  Irving Aldo Rojas Valentino (Perú) 99
- Breve ensayo sobre el derecho fundamental a la jornada de trabajo y lo que deberíamos saber sobre el primero de mayo
  Renato Porras Nicho (Perú) 129
- El trabajo decente en el Perú y la eficacia de los convenios internacionales de la OIT
  Luis Alberto Serrano Díaz (Perú) 138
- La participación de los trabajadores en nuestra legislación
  Francisco Gómez Valdez (Perú) 159
- América Latina: el impacto de las tecnologías en el empleo y las reformas laborales
  Juan Raso Delgue (Uruguay) 184

- El proyecto de reforma laboral, ofensiva del gobierno y las corporaciones contra los derechos de los trabajadores
  Jorge L. Elizondo (Argentina) 210
- Lineamientos para solucionar el problema de la justicia en el Perú
  Francisco Javier Romero Montes (Perú) 230
- Aplicación de la ley procesal del trabajo en Venezuela: Avances a mas de una década
  Francisco Javier Marín Boscán (Venezuela) 254
- La instrumentación de la reforma constitucional de 2017 en materia de justicia laboral en México
  Ángel Guillermo Ruiz Moreno (México)
  Ángel Edoardo Ruiz Buenrostro (México) 267
- Origen y evolución del seguro obligatorio de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en Italia
  Giuseppe Ludovico (Italia) 279
- La relación aporte-beneficio en los sistemas de pensiones del Perú
  Eduardo Marcos Rueda (Perú) 313
- La OIT y la flexibilidad
  Jorge Rendón Vásquez (Perú) 325

PRESENTACIÓN

En esta ocasión, tengo la satisfacción de presentar, en nombre del Taller de Investigación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social "José Matías Manzanilla" de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, una nueva publicación de su revista anual correspondiente al año 2017.

La presente publicación tiene el mérito de difundir los trabajos de investigación que llevan a cabo tratadistas y estudiantes, tanto peruanos como de otros países.

En esta oportunidad podemos apreciar trabajos de estudiantes, ex estudiantes, abogados jóvenes que abordan diferentes temas de la disciplina laboral y de la Seguridad Social, como son Augusto Lostaunau Moscol, Carmen Lucía Torres Cueva, Luis Alberto Quintana García, Max Henry Chauca Salas, Irving Aldo Rojas Valentino, Renato Porras Nicho y Luis Alberto Serrano Díaz.

Dentro de los especialistas extranjeros, encontramos a tratadistas como Francisco Pérez Amorós, Profesor Español, Juan Raso, Delgue Docente de la Universidad del Uruguay, Jorge Luis Elizondo, profesor de nacionalidad argentina, Francisco Javier Marín Boscán de la República de Venezuela, Ángel Guillermo Ruiz Moreno, Ángel Eduardo Ruiz Buenrostro de México y Giuseppe Ludovico, profesor italiano.

Entre los profesores peruanos contamos con importantes trabajos del destacado Profesor Emérito de la Universidad de San Marcos, Jorge Rendón Vásquez. Igualmente aparecen excelentes trabajos de los profesores sanmarquinos Francisco Gómez Valdez y Eduardo Marcos Rueda. De la misma manera, es destacable el trabajo del investigador e impulsor del Taller "José Matías Manzanilla" y de la edición de las revistas, el doctor Gersón Merma Abad. Para terminar estas menciones nos permitimos señalar el artículo de Francisco Javier Romero Montes sobre la justicia laboral en el Perú. Los temas y trabajos de los señores colaboradores se encuentran en la presente edición.

No podemos terminar esta presentación sin expresar nuestra felicitación al Taller, por la proyección social gratuita que brinda, en nombre de la Universidad de San Marcos, a la Comunidad Peruana en la difusión y capacitación de los temas laborales y de seguridad social. Igualmente, a los señores Docentes y Abogados, estudiantes y de manera especial al doctor Gerson Merma Abad, como impulsor de estas actividades desde su etapa de estudiante de nuestra Universidad. Nuestro agradecimiento, por su generosidad, a todos los colaboradores de la presente edición.

Un fuerte abrazo para todos.

Lima, Setiembre del 2018

Francisco Javier Romero Montes

Docente Asesor del Taller

EDITORIAL

El Taller Manzanilla está al servicio de la universidad y por ende del país. Y es que el Taller es más que un grupo organizado a fin a una rama del derecho; es una historia consagrada a seguir y preservar los principios inalterables del derecho social. Sus ideas las cuales se plantean sabatinamente desde hace mas de 10 años, nos ayudan a comprender la realidad socio-laboral del país y el mundo en las complejas y cambiantes relaciones sociales.

El Taller ha alcanzado un liderazgo indiscutido en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, dado su producción académica y constante capacitación que se difunde por nuestros medios físicos y virtuales y el grado de respetabilidad de quienes comparten sus ideas y, los que también discrepan de ellas. Este Taller tiene una actividad de creación continua, sin tregua ni pausa. Es obra que se concibe e inaugura todas las semanas. Es servicio público y a la vez mensaje. Es capacitación y es opinión. Enseña a la par que orienta, es defensa y es posición. Difunde y polemiza. Apoya y combate.

No se acoge a la posición del statu quo, ni puede acogerse al beneficio benevolente del silencio cómplice. A pesar de los cantos de sirena que a muchos sedujeron, el Taller se mantiene firme en sus ideales. Crea y al mismo tiempo debe mantener la continuidad de un pensamiento del histórico iuslaboralismo sanmarquino, representando por José Matías Manzanilla, Luis Miro Quesada de la Guerra, José Manuel Ramírez Gastón, Ricardo La Hoz Tirado, Luis Aparicio Valdéz, Jorge Rendón Vásquez y un sin número de pléyades en nuestra universidad.

El Taller continua esa pléyade de grandes hombres que nos antecedieron, que es el símbolo de toda una época; busca la concretización del ideal del derecho social en nuestro país, tenemos esa autoridad, por eso es símbolo de institucionalidad y a la vez devoto guardián de esos principios e historia.

La ideología del Taller es una continuidad en el tiempo, se remoza, adquiere los bríos de las nuevas épocas, pero se mantiene leal a las normas rectoras de nuestros principios, nuestra conducta es producto de una profunda e inabdicable convicción; y también consecuencia de su inconmovible lealtad con los principios que defendieron nuestros antecesores.

El Taller continua con este designio histórico ¿Qué fuerzas conducen al Taller a permanecer así, sin dar un paso atrás en sus principios?

La convicción, de que la causa por la que se está bregando, es útil a nuestro país.

EL CONSEJO EDITOR

PRECURSORES DEL DERECHO SOCIAL: JOSÉ MANUEL RAMÍREZ-GASTÓN JURADO DE LOS REYES, PRIMERA LEY DEL TRABAJADOR EMPLEADO EN AMÉRICA

(7 de febrero de 1924)

Gersón Merma Abad[1]
(Perú)

NOTA DEL COMPILADOR: A inicios del desarrollo social en Perú se había clasificado 3 tipos de trabajadores en general: los obreros, los empleados y los domésticos, en aquellas épocas se consideraba a los trabajadores empleados (generalmente del sector comercio) los que realizaban un trabajo en donde predominaba el trabajo intelectual y a los trabajadores obreros en el que predominaba la actividad o el esfuerzo físico. Los trabajadores domésticos eran los que realizaban trabajos en el hogar y en las haciendas al servicio de sus patrones.

El 07 de febrero de 1924 se promulgo la Ley 4916, más conocida como la "Ley del Empleado"[2], y poco tiempo después sus normas complementarias: Ley 5066 del 5 de marzo de 1925, referida a las reglas del procedimiento en las reclamaciones de los empleados; la Ley 5119 del 15 de junio de 1925,

(1) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima.
(2) Por Ley 9795 de fecha 26 de enero de 1943, se declaró el *"Día del Empleado Peruano"* el primer domingo de febrero. ELÍAS APARICIO, Ricardo y GONZALES ROSALES, Guillermo. *Doctrina y Legislación de Trabajo en el Perú.* Volumen I, Lima, 1959, pág.79.

respecto a la coparticipación en las utilidades del principal y retiro del empleador; y el reglamento de la Ley 4916 emitido mediante Resolución Suprema del 22 de junio de 1928, normas que contemplaban aspectos como la del aviso previo al despido, indemnización por tiempo de servicio, seguro de vida, beneficios por inhabilitación ante los accidentes de trabajo y por sepelio; pago de haberes al trabajador enfermo o accidentado, participación en las utilidades, entre otros aspectos.

José Manuel Ramírez Gastón Jurado de los Reyes nació en Lima el 19 de junio de 1882 y falleció el 11 de mayo de 1974 a la edad de 91 años. Fue abogado por la antigua Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de San Marcos y su tesis de bachiller la sustentó sobre Accidente de Trabajo y las 8 Horas del Trabajador; y el título de abogado sobre Créditos y Cooperativas Agrarias.

Entre algunos de sus artículos y estudios jurídicos sociales tenemos:

- El seguro de enfermedad (1923).
- Ley de la silla para el descanso de los empleados (1923).
- Proyecto de la ley del empleado (1923).
- Creación de bancos inmobiliarios como fomento a la construcción de pequeñas propiedades (1925).
- Asistencia a las familias numerosas (1925).
- Caja nacional para la construcción de viviendas (1925).
- Unificación de una legislación obrera latinoamericana (1926).
- Jubilación de empleados públicos, necesidad de una ley (1926).
- El seguro popular de vida (1927).
- Necesidad de una ley sobre jubilación de los empleados particulares (1939).
- La política de la vivienda (1939).
- Política familiar del seguro (1940).
- El banco del trabajo (1949).
- El seguro social para los independientes y profesionales (1950).
- El seguro social especializado para el campo (1951).
- Economatos y comedores en empresas fuertes para su personal (1951).
- Vacaciones suplementarias para trabajos insalubres o penosos (1951).
- Intendencia general de suministros para empleados públicos (1951).
- Modificaciones a la ley del seguro social del empleado y caja de pensiones (1962).

Siendo su obra compilatoria de la gesta de 1924; el libro "Mi Lucha por un Ideal Social" (1966).

I. PANORAMA DE LA SITUACIÓN SOCIO-LABORAL EN PERÚ EN 1924, CUANDO SE EMITIO LA LEY 4916

El avance social en el Perú se desarrolló en un primer momento con las disposiciones legales hacia los grupos más vulnerables y menos favorecidos: normas de los trabajadores del servicio doméstico, Decreto Subprefectural de 1901; de los accidentes de trabajo para los trabajadores obreros y empleados Ley 1378 de 1911 y del trabajo de las mujeres y de los niños Ley 2851 de 1918.

Dicha legislación tuvo principalmente su impulso, entre otros, gracias a la tarea del tribuno José Matías Manzanilla y los aportes jurídicos precursores de Luis Miró Quesada de la Guerra cuyos aportes habían logrado se legisle, en principio, hacia esos sectores menos favorecidos. La dación de dichas leyes podía además contar con la ayuda de la clase obrera, que ya era una fuerza, sobre todo desde la época de Piérola quien llevo al parlamento un representante del obrerismo.

En ese tiempo en Lima, no había más de 10,000 empleados de comercio (bancos, tiendas, depósitos, etc.), sin embargo, los trabajadores empleados no tenían todavía conciencia de sus derechos y no eran una fuerza unificada propiamente dicha.

No obstante ello, se debe reconocer que hubo un gran apoyo y la voluntad política del presidente de la república de ese entonces Augusto B. Leguía, para la concretización de la ley, pues gracias a su influencia se pudo doblegar las resistencias en el parlamento por parte de los representantes de los grandes sectores económicos que creían encontrar en la propuesta del proyecto de la ley un arma poderosa en su contra, pero que en realidad no era así, antes bien era una barrera de contención para los excesos y abusos que se cometían y asimismo aplacar las demandas sociales de la población.

El interés del gobierno de Leguía por legislar a favor de los trabajadores empleados en particular se podría explicar por el posible apoyo de las capas urbanas de mayor nivel cultural, a la que estos pertenecían, en su lucha contra una parte del gamonalismo, de la cual él se había alejado(3). Asimismo, dicho apoyo pudo haberse debido también a la posible conveniencia electoral ya que estos trabajadores podrían haber sumado votos(4) en una futura elección de aquel(5).

Sea cuales hayan sido los motivos que se dieron para impulsar la promulgación de esta ley, el designio quiso que un hombre comprometido por las causas sociales sea su impulsor: *"Le estaba reservada a un hombre de la calle de auténtica emoción social, que había dado varias pruebas de interesarse por el problema del mejoramiento de los sectores económicamente débiles, que, sin ser parlamentario, sin bandería, ni posición*

(3) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Manual de Derecho Individual*. Lima, 1984, pág. 60.

(4) En el Perú, el voto de los analfabetos se permitió a partir de la elección para la Asamblea Constituyente en 1977, elevándose a rango constitucional con la Constitución de 1979.

(5) Comento señalado en la presentación del libro *"El capitalismo hacia una nueva etapa",* presentado en el Colegio de Abogados de Lima el 27 de setiembre de 2018.

política que lo respaldase, hiciera el milagro de despertar al empleado del marasmo en que se encontraba, de hacerle comprender la fuerza que representaban sus derechos y al conjuro de su fe conseguir que la conciencia de la clase se hiciera fuerza ya que a la llamada admonitora cerraran filas diciendo aquella frase que ha pasado a la historia " Presente"[6].

El sentimiento al concretizarse la Ley del Empleado similar, en parte, a los obstáculos que se dieron en la Ley 1378 de Manzanilla en 1911 condujo a que su autor pudiera exclamar al promulgarse la Ley 4196 el 07 de febrero de 1924:

> *"Fue así como el día en que se aprobó la Ley, estando yo en la Cámara, pude sentir honda emoción patriótica y parodiando al profesor Matías Manzanilla, cuando se aprobó la Ley de que fue autor y defensor sobre accidentes de trabajo, al aprobarse la Ley 4916 de la que fui autor y gestor pude decir también "bella tarde la de hoy" y sentir orgullo patrio porque brinde al Perú el honor de que nuestra Ley por ser la pionera de América y haberse dado aquí antes que en ninguna otra nación americana señalara rumbos de derecho y de justicia a sus hermanas de América y a los empleados todos del Continente Americano"*[7].

II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 4916

Entre 1890 y 1930, se desarrolló notablemente la economía en Lima, como consecuencia que gran parte de las ganancias de los exportadores repercutió directamente a la economía urbana.

En este proceso destacaron importantes familias de la oligarquía como inmigrantes extranjeros que llegaron desde finales del siglo XIX. Se comienzan a formar los grupos económicos de inversión lo que llevo sin duda a generar puestos de trabajo y empiezan a operar compañías extranjeras en esos rubros en el país[8].

En este sentido, dicha élite fomentó el desarrollo económico nacional y promovió un proceso de comercialización e industrialización autónoma, pero dependiente del capital extranjero y nacional, correlativamente ello creo un grupo cada vez más numeroso de trabajadores en las nuevas actividades y rubros que se implementaban en el país.

Este creciente grupo, que se diferenciaba mucho de los trabajadores obreros y que, al pertenecer la gran mayoría a la clase media, tenían más apoyo y contactos sociales dentro de la sociedad, deciden fundar en los primeros años del siglo XX la Sociedad de Empleados de Comercio de Lima (13 de diciembre de 1903)[9]. En 1922, con la ins-

(6) RAMIREZ GASTON, José Manuel.*Mi lucha por un Ideal Social*. Lima, 1966, pág. 04.
(7) Ídem.
(8) *Blog:* ORREGO PENAGOS, Juan Luis. *La República Aristocrática*: *las primeras industrias.*
(9) "la Sociedad de Empleados de Lima participó en las instancias finales de la lucha por la jornada de 8 horas diarias paralizando labores de sus afiliados y no afiliados durante los días 13, 14 y 15

talación de la nueva directiva de la Sociedad de Empleados, cuya presidencia estuvo a cargo de Ramírez Gastón, se acordó como una de las primeras medidas impulsar una comisión de apoyo para que se apruebe una norma modificatoria y más protectora en relación a la indemnización en caso de despedida[10].

Ramírez Gastón creía que las mejoras a los derechos sociales de los trabajadores empleados era posible pero debían plasmarse en una norma concreta, pues como muchos proyectos normativos en el país que solo llegan a ideas, debía hacerse realidad, para ello organizó una histórica conferencia en el Teatro Colon en el centro de Lima el 31 de octubre de 1923, el objeto de dicha conferencia era *"agrupar en torno a un ideal a la colectividad del empleado; formar la conciencia nacional sobre un típico de palpitante actualidad; hacer ver al capitalismo que no envuelve ataque a sus intereses la campaña en pro de una mayor justicia para los empleados; y solicitar de los poderes públicos que ha llegado la hora de que desaparezca ya el abandono y la orfandad legal en que se hallan sus más legítimos derechos"*[11].

Al culminar la exposición hubo grandes aplausos de apoyo a la misma y al término de la misma la concurrencia encabezados por Ramírez Gastón marcharon rumbo a palacio de gobierno por el tradicional Jirón de la Unión para exponerle sus demandas de manera pacífica al Presidente de la República y pedir a la vez su apoyo.

Dicha épica manifestación fue narrada así por su autor:

> *"A los pocos minutos se presentó en los balcones de Desamparados el señor Augusto B. Leguía, Presidente de la República. Al ser recibido por una cerrada ovación, me subí a un carrete de los cables del teléfono y desde ahí le expresé al Presidente el objetivo de la venida al Palacio pidiéndole que se contemplase la situación de los empleados que eran despedidos, quedando en la situación mas angustiosa y que el artículo 496 del Código de Comercio que establecía en ese caso el pago de un mes de sueldo era insuficiente. El presidente contesto el discurso y ofreció que duplicaría la indemnización mediante un proyecto que ofreció remitir al Congreso, después de lo cual se disolvió la manifestación.*[12]

Hay que recordar que en ese tiempo la legislación de trabajo, en parte, se enmarcaba en el Código Civil de 1852[13], que legisló el contrato de prestación de servicios bajo

---

de enero de 1919".TEMOCHE BENITES, Ricardo. *Cofradías, gremios, mutuales y sindicatos en el Perú*. Lima, pág. 214.

(10) En aquellas épocas se regulaba por el artículo 296 del Código de Comercio de 1902, haciéndose justicia recién a los trabajadores de la actividad privada con el Decreto Ley 18471 del 10 de noviembre de 1970 al establecerse que el empleador carecía de la facultad de poner fin a la relación laboral por su sola voluntad.

(11) RAMÍREZ GASTÓN, José Manuel. *Mi Lucha por un Ideal Social.* Lima, 1964, pág. 14.

(12) Ídem.

(13) Código Civil de 1852
Locación de Servicios

la forma de locación, y para los trabajadores empleados de comercios se encontraba regulada bajo el amparo del Código de Comercio de 1902.

III. LA LEY 4916 CREÓ UNA DIVISIÓN JURÍDICA ENTRE OBREROS Y EMPLEADOS

En la visión de aquel tiempo el obrero era el que aportaba el esfuerzo físico y prestaba un servicio material y en las labores del empleado el servicio lo prestaba una persona en cuya actividad predominaba el esfuerzo intelectual sobre el físico, por lo que se hallaba regulado por el Código de Comercio.

La Ley 4916, solamente reguló lo concerniente a los trabajadores empleados de comercios, los trabajadores empleados que prestaban servicios a particulares no comerciantes, no gozaban del amparo de esta ley, sometiéndose a las reglas del derecho común, ampliándose años después a la mayoría de trabajadores empleados.

¿Cuál era la diferenciación exacta del rango obrero –empleado?

A decir del jurista Jorge Rendón Vásquez

> *"En el Perú la distinción conceptual de obreros y empleados fue traída de Europa en el siglo pasado (1900), pero no trascendió a la normatividad jurídica, en los primeros momentos. El Código de Comercio de 1902 se refiere a las relaciones entre comerciantes y sus dependientes y mancebos a los cuales se confiere el mismo tratamiento. Las primeras normas de derecho del trabajo y de derecho de la seguridad social comprende indistintamente a obreros y empleados".*[14]

No se confunda con las épocas actuales en las que el término *empleado* está asociado a los trabajadores de la Administración Publica. No era el caso en aquellos años. La legislación por aquellos años no fue exacta en determinar la diferenciación entre obreros y empleados por lo cual tuvo que ser la jurisprudencia nacional que asumió el criterio establecido en el código chileno de 1910, que señalaba: (…).

> *"para los efectos de este texto se entiende:*
>
> *2º Por empleado, toda persona en cuyo trabajo predomina el esfuerzo intelectual sobre el físico, y*
>
> *3º Por obrero, toda persona que, sin estar comprendida en los números anteriores, trabaje por cuenta ajena en un oficio u obra de mano o preste un servicio material determinado.*

En ese sentido, dicho marco normativo distinguía la función o la labor que ejecuta la persona y si en esa labor predominaba el esfuerzo físico o intelectual.

Art. 1632. Puede una persona obligarse á prestar á otra servicio personal o de industria, durante cierto tiempo o para una empresa determinada.

(14) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Manual de Derecho Individual*. Lima, 1984, pág. 73.

Dicha concepción era errónea pues se ha demostrado que todo trabajo humano lleva consigo la participación de esfuerzo físico y psíquico del hombre y es un conjunto de todo su ser en forma completa[15].

Sin embargo, hasta ese entonces debido a la diferenciación existente la legislación para cada grupo de trabajadores se determinaba de acuerdo a la clasificación efectuada[16].

Es recién con la Ley 4916 que empieza legalmente una compleja diferenciación que se va acentuando con normas posteriores.

Ricardo La Hoz Tirado expresó esta problemática y como empezó a generarse una vigorosa corriente *"que respondiera a la necesidad de remediar la situación precaria de estos, sujetos al régimen legal del Código de Comercio"*[17].Es pues, a su entender, que empieza con esta norma la segunda etapa de nuestra legislación laboral.

IV. PRINCIPALES APORTES DE LA LEY N° 4916 Y AMPLIACIONES Y MODIFICATORIAS

Entre los principales aportes de la Ley 4916 y sus ampliaciones y que aún incluso en la actualidad siguen vigentes, en alguna medida, tenemos:

1. AVISO DE DESPIDO

Nuestra legislación de trabajo hasta antes de la Ley 4916 de 1924 no había señalado forma de aviso de despido tanto para obreros como empleados. Asimismo, en el Perú el periodo de prueba hasta antes de la Ley 4916 no estaba señalado como plazo de 3 meses de duración, pues este fue establecido por el reglamento[18] de la mencionada norma en sus artículos 6 y 7 de la Resolución Suprema del 2 de enero de 1928[19].

(15) ANGULO ARGOMEDO, Jorge. *La jurisprudencia del derecho laboral en el Perú.* Trujillo, Perú. 1984. pág. 145

(16) A decir del profesor sanmarquino Francisco Gómez Valdés dicha clasificación se realizaba por intereses contrapuestos *"fueron razones históricas, laborales, demográficas, económicas, políticas y de armonización legal que permitieron que las disposiciones legales dictadas, durante esta inicial época, no se orientaran a implementar un régimen de seguridad social único para proteger a quienes trabajan subordinadamente ; sino que y, por el contrario, se concibieron para mantener formulas separatistas asistenciales y previsionales, en función a su calificación profesional de empleado u obrero".* GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *Derecho Previsional y de la Seguridad Social.* Lima, Editorial San Marcos, 2012, pág. 277.

(17) LA HOZ TIRADO, Ricardo. *El Proceso de codificación de la legislación del trabajo en el Perú.* Revista de Derecho del Trabajo, Lima, 1967, Nº 11, Pág. 425.

(18) El artículo 6 de la Resolución Suprema del 22 de junio de 1928, establecía:
Art. 6- durante los tres primeros meses, periodos que se consideran de prueba, el empleado no gozará de ninguno de los derechos, indemnizaciones o beneficios señalados por la Ley N° 4916.

(19) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo. Relaciones Individuales en la Actividad Privada.* Lima, 1988. Pág. 64.

Es así que si no se fijaba el tiempo establecido el trabajador podía ser retirado del trabajo avisándole simplemente con un mes de anticipación:

> ***Artículo 296 del Código de Comercio:*** *En los casos de que el empeño no tuviere tiempo señalado, cualquiera de las partes podrá darlo por fenecido, avisando a la otra con un mes de anticipación. El factor o mancebo, tendrá derecho, en ese caso, al sueldo que corresponda a dicha mesada.*

Es importante señalar que la pérdida de derechos sociales se debió a la idea jurídica, en esas épocas, que las dos partes eran iguales ya que como se indicó en esos momentos la legislación para empleados de comercio se basaba en el Código de Comercio de 1902 que regulaba las relaciones laborales dentro de las normas del mandato, mientras el Código Civil vigente de 1852 consideraba al trabajo subordinado como locación de servicios(20).

La Ley 4916 inicia la ampliación y regulación de la protección legal en caso de aviso de despido(21), en ese sentido establecía:

> *Artículo 1º modificase el artículo 296 del Código de Comercio en los siguientes términos:*
>
> *a) En el caso de que el empeño o locación de servicio no tuviera tiempo de duración determinada, constante por instrumento público, podrá cualquiera de las partes darlo por fenecido, dando aviso de noventa días el patrón al empleado y de cuarenta días el empleado al patrón.*

Por ello, adelantándose a la época, Ramírez Gastón aumenta el tiempo de aviso de despido y asimismo las indemnizaciones con un criterio racional para su tiempo, que hasta ese momento no contemplaba dispositivo legal que la hiciera efectiva, lo cual creaba una inseguridad grande en los trabajadores, los cuales se hallaban a merced del empleador(22).

---

(20) "*El Derecho del liberalismo económico casi absoluto del siglo XIX, expresado por el Código Civil Napoleónico de 1804 y por los códigos civiles que lo reprodujeron, inclusive el nuestro de 1852, facultaba al empleador a poner fin al contrato de obra o locación de servicios en cualquier instante, como una manifestación de la libertad de contratación que implicaba también la libertad de disolución contractual.*
El Código de Comercio de 1902, siguiendo esta orientación, dispuso algo semejante, aunque atenuando el rigor de una brusca ruptura, (...)". Ídem, pág. 427.

(21) La actual legislación peruana establece el plazo de 30 días cautivos del trabajador al empleador, para anunciarle su voluntad de abandonar el trabajo (artículo 18° del Decreto Supremo 003-97-TR). Reproduciéndose en contrario dicho esquema en la Ley del Trabajador del Hogar por parte del empleador, sin pago de indemnización por despido, con el solo aviso de 15 días de anticipación. (artículo 7° de la Ley 27986). Sin embargo, de manera general, en la actualidad, se ha extinguido y convalidado legalmente la prerrogativa del anuncio del aviso de despido en los contratos modales, pues su término extingue el vínculo laboral.

(22) Símil, respecto a la desprotección legal de termino de contrato de trabajo, es la legislación vigente en gran parte de los trabajadores de la administración pública, los cuales se encuentran sometidos al régimen del Decreto Legislativo 1057 del 28 de junio de 2008, conocido como CAS, expedido

2. COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS

En aquellas épocas las relaciones de trabajo se entendían de acuerdo a los criterios del derecho civil, pues ante el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes (principalmente de los trabajadores) esta se resolvía con una penalidad, cual era la perdida de la compensación de sueldos y beneficios, dejando al trabajador en grave desamparo, que atacaba no solo a él sino también a su entorno familiar e indirectamente a la sociedad.

A decir de Alfonso Castañeda Ragel esta situación se explicaba porque no se contaba en ese entonces con una legislación laboral, por lo que una atenuación fue incluir disposiciones someras en el Código de Comercio de 1902, por ello tuvo que pasar mucho tiempo para que esta institución se adoptara como principio económico, jurídico y social[23].

El artículo 294° del Código de Comercio establecía como causal del despido, que provocaba asimismo la penalidad de la pérdida de los beneficios sociales, lo siguiente:

> *Código de Comercio 1902*
>
> *Artículo 294º.-Causas de despido a los dependientes*
>
> *Serán causas especiales para que los comerciantes puedan despedir a sus dependientes, no obstante, no haber cumplido el plazo de empeño:*
>
> *1) El fraude o abuso de confianza en las gestiones que les hubieren confiado.*
>
> *2) Hacer alguna negociación de comercio por cuenta propia, sin conocimiento expreso y licencia del principal.*
>
> *3) Faltar gravemente al respeto y consideración debidos a éste o a las personas de su familia o dependencia.*

Lamentablemente, siguiendo el mismo tenor, la Ley N° 4916 equivocadamente continúa el mismo esquema sancionando al empleado con la perdida de sus beneficios si incumplía las disposiciones vigentes en el artículo 294 del Código de Comercio.

> *Ley 4916*
>
> *Art 2º En los casos en que la despedida de un dependiente o empleado, se sujete a alguna de las causales previstas en el art. 294 del Código de*

---

en el segundo gobierno de Alan García Pérez, siendo su propulsor el ex ministro de trabajo Mario Pasco Cosmópolis, profesor de varias generaciones de abogados de una conocida universidad privada del país, con dicha norma, convalidada por el Tribunal Constitucional peruano y acatada por la gran mayoría de magistrados peruanos, se ha retrocedido, de manera general, casi 100 años del desarrollo de protección legal y social en nuestro país.

(23) CASTAÑEDA RAGEL, Alfonso. *La rescisión del contrato de trabajo en la legislación del Perú*. Lima, 1942. Pág. 120.

Comercio o a cualquier otra falta en que incurra, a juicio del Tribunal de que trata el inciso c) del art. 1° no tendrá derecho ni aviso previo de despedida, ni la indemnización ni a beneficio de clase alguna.

Sin embargo, con la dación de la Ley 4916 de 1924, se da inicio a las indemnizaciones por tiempo de servicios ante el despido sin causa por parte del empleador de 2 hasta los 12 sueldos dependiendo de la antigüedad del empleado.

Artículo 1°

b) En caso que la cesación del empeño o locación de servicio, ser realizará porque el principal o patrón lo determine así, notificando la despedida al dependiente o empleado con sujeción al procedimiento anterior, este tendrá derecho a la compensación de sueldos según la escala siguiente:

Hasta 2 años, un sueldo

De 2 a 5 años, dos sueldos

De 5 a 10 años, cuatro sueldos

De 10 a 20 años, ocho sueldos

De 20 a 25 años, diez sueldos

De 25 a 30 años, doce sueldos

Posteriormente con la Ley 10239 de 1945, se precisó que la compensación que se abone a los empleados en caso de retiro o despedida se computaría a razón de un sueldo por año, es decir, el pago no tenía relación con el motivo de cese sino con el tiempo que el trabajador se desempeñó para la empresa.La norma que finaliza esta injusticia fue el Decreto Ley 21116 del 11 de marzo de 1975 que estableció que el despido por falta grave no ocasionaba la pérdida de la CTS(24), cerrando el círculo de dicho injusta medida.

3. SEGURO DE VIDA

Este beneficio se implementó como uno de los primeros derechos sociales para los trabajadores, empero no es un beneficio social a favor directo del trabajador empleado sino para su familia, pues aquel surtía como beneficio a los deudos después de la muerte del empleado, es decir era una reserva antes las contingencias sociales que ocasionaba el hecho luctuoso y que ayudaba en algo a los deudos(25).

(24) El Decreto Ley 21116 abolió la perdida de la compensación por tiempo de servicios por falta grave, puesto que no era admisible que este derecho, que era y es una remuneración diferida, aprovechase al empleador, como sucedía desde la emisión de la Ley 4916 de 1924. (dicho proyecto fue propuesto y elaborado por el jurista Jorge Rendón Vásquez.)

(25) La actual norma del seguro de vida ley se encuentra regulada por el Decreto Legislativo 688 del 01.11.1991, Ley de Consolidación de Beneficios Sociales, su modificatoria la Ley 29549 del 03.07.2010 y su reglamento el Decreto Supremo 003-2011-TR del 18.03.2011.

La Ley 4916 establecía al respecto:

Artículo 3º-*Todo empleado de comercio que hubiese prestado cuatro años de servicios ininterrumpidos, adquiere derecho a una póliza de seguro de vida, que su respectivo patrón deberá tomarla por un valor que equivalga a la tercera parte del monto total de los sueldos durante el cuatrenio, con la obligación de parte de dicho patrón o principal de abonar las primas correspondientes, mientras el empleado permanezca a su servicio. Este conserva el derecho a la póliza aun en el caso de ser separado del puesto; pero lo pierde totalmente, si dicha separación se ha realizado por alguna de las causas invocadas en el artículo 294 del Código de Comercio.*

En caso de fallecimiento del dependiente o empleado, solo tendrán derecho a la póliza sus descendientes y cónyuge y a falta de estos, sus ascendientes, hermanas solteras y hermanos menores de 18 años.

Asimismo, esta ley establecía una obligación del empleador en caso que el trabajador falleciera en el transcurso del cuatrienio sin opción a la póliza de seguro de pagar los gastos de sepelio del trabajador fallecido y el abono de dos sueldos a los deudos(26).

4. PENSIÓN POR INHABILITACIÓN PARA EL TRABAJO

A inicios de nuestro panorama social, con la Ley 1378 de accidentes de trabajo impulsada por Manzanilla, se abre el camino a la protección social ante las contingencias laborales, sin embargo, solo estaba prevista para los trabajadores obreros y empleados comprendidos específicamente en la mencionada norma(27), actividades que eran las más visibles y las más proclives a los accidentes de trabajo, no obstante, gran parte de los otros trabajadores que no estaban comprendidos en dicha norma también sufrían accidentes de trabajo y estaban expuestos a las contingencias.

La situación de los trabajadores que quedaban inhabilitados en esas épocas era terrible pues no se contaba con un seguro social y quedaban expuestos a la caridad de las personas:

> *"Es menester salvar la desesperante situación de la clase media, de esa que, tan extraña a la tierra como al capital, pero uncida al yugo del trabajo sobre el mostrador o sobre el bufete y urgida por su posición a consumos ineludibles, padece como el proletariado en el abandono y en la miseria*

(26) *Art. 4.- Si el empleado fallece en el curso del cuatrenio a que se contrae el artículo anterior, sin opción a póliza de seguro de vida, el patrón esta obligado a cubrir los gastos de sepelio, según la categoría y rango social del difunto, y, además, a abonar una suma equivalente a dos sueldos a favor de la viuda y a falta de esta, a los parientes en primer grado de consanguinidad del empleado fallecido.*

(27) La Ley 1378 de 1911 solo se aplicaba a determinadas industrias y a los trabajadores que percibían un determinado jornal, por lo que no era aplicable a todas las industrias ni a todos los casos.

sin seguros de retiro que amparen su senectud y cajas de previsión que acaricien su invalidez".[28]

Por ello la importancia de la Ley 4916 pues continúa con la etapa de una moderna seguridad social ya que prosigue y amplia el camino de las pensiones ante la incapacidad producto del trabajo, ella establecía:

Art. 5.- El empleado que en notorio servicio del patrón se inhabilite para el trabajo, percibirá los dos primeros meses de su enfermedad, el sueldo íntegro, y sufrirá una rebaja de veinte por ciento cada mes hasta completar un semestre, desde la fecha de su enfermedad o retiro del trabajo. Si la inhabilitación es definitiva, el empleado gozara, por sus días, de la quinta parte de su sueldo.

5. UTILIDADES

El reparto de utilidades es un derecho social que se basa en dar a los trabajadores parte de las ganancias que se han obtenido por la ganancia del trabajo desarrollado, generándose primero de manera individual para dar el salto a lo colectivo. En ese punto resulta importante señalar que las relaciones laborales modernas a nivel mundial implican cada vez más ampliamente una participación laboral activa, no solamente en la determinación y solución de problemas, sino también en las maneras de administrar el salario─ creando sistemas que se correlacionen con la productividad ─ y en la participación de las utilidades empresariales, e inclusive, de la propiedad accionariada.[29]

La idea originaria concretizada en ley provino de los proyectos y a iniciativa de Ramírez Gastón con la Ley 4916.

El último párrafo del artículo 6º de la Ley 4916 señala:

(...) "En todo caso en que el dependiente o empleado fuese coparticipe en las utilidades de los negocios de su principal o patrón, no le alcanzaran los beneficios de esta ley".

A fin de aclarar el beneficio adquirido, dicha disposición fue reglamentada y ampliada con el artículo 1º de la Ley 5119 de 1925, a impulso de Ramírez Gastón:

"Artículo 1º Para que la coparticipación en las utilidades a que se refiere la segunda parte del artículo 6º de la Ley 4916, prive de los beneficios que dicha ley concede a los empleados, debe haber sido expresamente estipulada en el contrato de empeño o locación de servicios y referirse, en forma personal y directa, al empleado beneficiario y constando el

(28) BASADRE GROMAN, Jorge. *Historia de la República del Perú*. Editorial Universitaria, Tomo XIII, 1968, pág. 293.

(29) APARICIO VALDEZ, Luis. *"El nuevo rol de las relaciones laborales*", en "*Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi"*. Editorial Palestra, Lima, Tomo III, pág. 1959.

> *contrato de instrumento público. Las participaciones otorgadas en forma general en los estatutos de las empresas industriales o mercantiles a favor de sus empleados en concepto de gratificaciones, en sustitución de estas o de cualquier otra, no están incluidas en la segunda parte del articulo ya citado, ni privan de los beneficios de la ley".*

En el caso de la participación de las utilidades se estableció que el trabajador no obtendría estos beneficios si estaba establecido previamente en un convenio entre él y su empleador; constituyéndose un acuerdo, en la que el trabajador tiene una forma especial de contrato que está asociado a las ganancias del negocio.

Las tres condiciones que se fijaron para la privación de este derecho fueron:

Que se estipulara expresamente en el contrato; que se refiera en forma personal y directa al empleado; y que el contrato conste en escritura pública.

Ante la distorsión de la ley debido a una interpretación que los empresarios querían realizar para contravenir el espíritu por el cual, fue realizada esta norma, Ramírez Gastón surge nuevamente en contienda y logra que se apruebe la Ley 5119 que aclara el significado de la Ley 4916 y las falsas interpretaciones que se le querían dar para dejar sin efecto la efectividad de la misma.

Es así que al aprobarse la mencionada norma reglamentaria y aclaratoria hubo grandes manifestaciones de alegría y reconocimiento por parte de sus beneficiarios a los impulsores de tal gesta:

> *"Los empleados comprendieron el enorme beneficio que significaba la dación de esta ley, quiso homenajear a los dos parlamentarios y a mí con un gran almuerzo que se sirvió en el Jardín Progreso, avenida Grau segunda cuadra, en la que asistieron más de 500 manifestantes, en donde abundaron los discursos, las vivas y los aplausos, y el entusiasmo fue tan grande que los empleados me trajeron en hombros desde la avenida Grau hasta la Plaza de Armas, por el Jirón de la Unión manifestación que revela el entusiasmo y agradecimiento de la clase empleocratica al hombre que no había hecho otra cosa que inspirarse en sus necesidades y en sus derechos, interpretarlos y no desmayar ante las dificultades que se presentaron para la realización de toda obra grande y que va contra intereses creados"*[30].

A decir del profesor Francisco Gómez Valdez este derecho evolucionó indistintamente y los trabajadores a los cuales dicho beneficio los favorecía directamente se mostraron indiferentes a lo largo de la historia ante la misma[31].

(30) RAMÍREZ GASTÓN, José Manuel, *Mi Lucha por un Ideal Social*. Lima 1964, pág. 61.
(31) GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *Revista Ius Resistente.* Año IV-I, numero 13, 2018, pág. 1025.

El artículo 55° de la Constitución de 1933 recoge este derecho que señalaba: *"El Estado favorecerá un régimen de participación de los empleados y obreros en los beneficios de la empresa".*

Este derecho ha evolucionado progresivamente en nuestra legislación desde la Ley de 1924[32], siguiendo con las modificaciones de 1947 y 1959, hasta llegar a su máxima expresión con la concretización de las utilidades que pasaron a adquirir un sentido más estricto con el gobierno del general Juan Velasco Alvarado pues se reguló la entrega de un porcentaje de las utilidades de la empresa a la Comunidad Laboral, constituida por los trabajadores de aquélla[33]. Se dispuso, además, que un porcentaje de las utilidades, del 3% al 10% según el sector de la empresa, fuese distribuido a los trabajadores, según su remuneración y asistencia al trabajo[34].

6. PROCEDIMIENTO ARBITRAL

La jurisdicción de las reclamaciones de los empleados fue otorgada por el literal c del artículo 1º de la ley a los Tribunales Arbitrales:

> *Artículo 1° de la Ley 4916*
>
> *"C) las reclamaciones que se originen se resolverán por un Tribunal Arbitral, compuesto de un Árbitro nombrado por el comerciante, otro nombrado por el empleado o empleados, a quienes afecte la reclamación, y un tercero, que será el delegado del gobierno, el cual, en Lima, será nombrado por el Ministro de Fomento y fuera de la capital por la autoridad política de la provincia; debiendo expedirse el laudo, que será inapelable, dentro de un plazo máximo de 30 días".*

Con la finalidad de agilizar el procedimiento de reclamaciones de los empleados se creó el arbitraje para los mismos, sin embargo, el tiempo llevo a demostrar los inconvenientes y falencias con la jurisdicción de los tribunales arbitrales, por lo que se tuvo

(32) *"La L. N° 4916 en su original Art. 6°, in fine, y el Art. 40° de su Regl., el D.S. del 22/06/1924, establecieron la primera idea participativa de tipo individual en favor de los empleados del país, al introducir la idea de que "En todos los casos en que el dependiente o empleado fuera coparticipe en las utilidades de los negocios de su principal o patrón no le alcanzarían los beneficios de esta ley". Era pues, una disposición eminentemente restrictiva, al mismo tiempo que excluyente, ya que condicionaba el pago de las utilidades a no percibir los derechos sociales consagrados por la ley de la materia en beneficio de los dependientes. Es decir, se había legislado excluyentemente por uno u otro derecho social del servidor del medio. Una norma dictada en estos términos no podía mantenerse en silencio, y fueron muchas las críticas que recibió obligando a hacer una aclaración legislativa a tan objetivo dislate legislativo".* Ídem, pág. 1027.

(33) En: *Acciones de inversión,* comento de Jorge Rendon Vásquez, Blog del Taller Manzanilla, http://tallermanzanilla.blogspot.com/2018/03/acciones-de-inversion.html

(34) Actualmente la participación de las utilidades está regulada principalmente por las siguientes disposiciones legales: Decreto Legislativo 677 (07.10.1991); Decreto Legislativo 892 (11.11.1996); Decreto Supremo 009-98-TR (06.08.1998); Ley 28873 (15.08.2006) y la Ley 30792 (15.06.2018).

que suprimir dicha jurisdicción y crearse mediante el artículo 5° de la Ley N° 6871[35] del 2 de mayo de 1930, los Juzgados de Trabajo. El procedimiento Arbitral no dio la talla debido a que cada parte llevaba a un árbitro y en la realidad definía el árbitro del gobierno, lo que creaba un contrasentido al ser una sola opinión la que resolvía el caso, sin posibilidad de apelar tal veredicto[36]. Por lo que se puede decir que el inicio de la implementación del proceso laboral peruano se inicia a consecuencia de esta primera norma.

V. CONCLUSIONES FINALES

La Ley 4916 fue derogada por la 3º DCTMF de la Ley 26513 (27.07.1995), la que derogó también "las demás disposiciones que se opongan a esta Ley". Sin embargo, como hemos visto, muchas de sus disposiciones continúan plenamente vigentes en nuestra normatividad social.

A criterio del profesor sanmarquino Napoleón Valdez Tudela *"la ley 4916 está inspirada en un criterio de justicia social, pero responde también , a un estricto principio de moralización de la relación laboral, concede beneficios al buen empleado y priva de los mismos al mal servidor, la falta de cumplimiento de un requisito legal establecido por su reglamento y no por la ley, no puede dar lugar a beneficiar a ese mal empleado en iguales condiciones a aquellos que cumplen con sus obligaciones y ponen honradez y corrección en el desempeño de su función"*[37].

La obra precursora de Ramírez Gastón y su significación histórica en el derecho laboral peruano debe apreciarse en su real dimensión la de jurista, impulsor y ciudadano preocupado en el impulso de la sociedad en la cual era miembro.

En palabras de Ramírez Gastón: "*La lucha por la Ley 4916 me dio los siguientes beneficios: 1º Me tomaron preso; 2º perdí de seguir siendo abogado de varias*

(35) *"La Ley 6871 del 02 de mayo de 1930, estableció los juzgados de trabajo para Lima y Callao, dentro del Poder Judicial, para conocer las acciones individuales que interpusieran solamente los empleados, sobre derechos acordados por la Ley 4916 y 5119, así como las acciones de los obreros en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En el resto de la República, correspondía al fuero civil resolver estos conflictos".* ROMERO MONTES, Francisco Javier. *Derecho Procesal del Trabajo*, tercera edición, Lima, 2005, pág. 77.

(36) En igual sentido, el arbitraje laboral actual en la Ley de Relaciones Colectivas se encuentra viciado de imparcialidad:
(…) *a. Porque el nombramiento de los árbitros por las partes (LRCT, art. 64º) implica, de hecho, que ellos votan por la propuesta de la parte que los ha nombrado, con lo cual, de entrada, son estériles de imparcialidad. Además, esa parte les paga sus honorarios. Carecen, por lo tanto, de un requisito sine qua non para arbitrar. Este vicio contamina al presidente del tribunal arbitral, nombrado por los árbitros de las partes, quien tiene que adherirse a una u otra posición y, como lo demuestra la experiencia, casi siempre se inclina hacia la posición del árbitro de los empleadores. Para acercar el arbitraje a la imparcialidad, los árbitros no deberían ser designados por las partes, sino sorteados rotativamente entre los profesionales inscritos en el Ministerio de Trabajo para el ejercicio de la función arbitral laboral, para lo cual su selección debería ser por concurso.* RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *La Negociación Colectiva en el Perú: Necesidad de reformarla.* Revista Análisis Laboral, AELE, Lima, julio 2017. Pág. 51.

(37) VALDEZ TUDELA, Napoleón. *Legislación del Empleado.* Lima, 1964, pág. 98.

instituciones que me consideraron enemigo y 3º años, después, cuando era consultor del seguro social, el Gobierno me pidió unas modificaciones a la ley del seguro social, que yo formulé siendo recogidas y después convertidas en ley. A los dos meses como premio suprimieron mi cargo"[38].

Asimismo, en toda su fecunda producción planteo varias propuestas a favor de los trabajadores, entre las que se encuentran:

- Proyecto de Viviendas para los Trabajadores por intermedio de la participación del empleador y privadas financiadas con estímulos del Estado. La Caja Nacional.
- El proyecto del Salario Familiar, que consistía en una bonificación sobre el total de la remuneración para cada hijo menor de quince años, a fin de ayudar en la economía familiar.
- Proyecto de la Caja de Pensiones para los obreros y empleados en los casos de enfermedad y de fallecimiento.

La Ley 4916 representó un paso avanzado en la legislación social del país, y nos ubicó a la cabeza del desarrollo de la legislación social de las naciones del continente americano.

> *"Así es como se hace la felicidad de la patria. Inspirémonos en las necesidades de las clases laboralistas y tratemos de encauzar sus ideales y sus esperanzas, estableciendo una verdadera comunión entre la gran masa del pueblo, del que formamos parte y el gobierno haciendo obra de bien de justicia y de conveniencia nacional; porque son los elementos del trabajo los dos polos sobre los que gira el eje del movimiento nacional; (...)*[39].

Lo que debemos agradecer a este jurista es su aporte al bienestar social cuya finalidad era alcanzar un país más digno y humano que tanta falta nos hace:

> *"Pero, así como no tenemos ahora leyes protectoras, yo os aseguro que nada ni nadie podrá contener el movimiento inicial que hoy principiamos y que forma desde hoy el programa de nuestras aspiraciones y la bandera que levantéis en alto para sostenerla y no arriarla avergonzada. (...).*
>
> *¡Si hay que luchar contra prejuicios y egoísmos no importa! Si en la lucha diaria del momento tenemos que cubrir nuestra bandera con los crespones del luto y no con los laureles de la victoria, retemplad vuestras energías y cobrad bríos para empezar de nuevo.*
>
> *¡Los privilegios acabaran, pero el pueblo es eterno como Dios!"* [40]

(38) RAMÍREZ GASTÓN, José Manuel. *Mi Lucha por un Ideal Social.* Lima, 1964, pág. 107.
(39) Ídem, pág. 34.
(40) Conferencia realizada en el Teatro Colon de Lima el 31 de octubre de 1923, con ocasión de las demandas a favor de la expedición de la primera Ley del Empleado en América.

EL IMPACTO ACADÉMICO DE LA REGLAMENTACIÓN DEL TRABAJO DE LA MUJER Y EL NIÑO (LIMA-1918) DEL DOCTOR JOSÉ MATÍAS MANZANILLA BARRIENTOS

Augusto Lostaunau Moscol[1]

(Perú)

Para Francois

"Haya confianza en las realizaciones de la Idea Social; y en la influencia de la acción legislativa, de las obras patronales y de los esfuerzos solidarios de los obreros para contribuir al bienestar y a la dignidad del trabajador"

José Matías Manzanilla (Prólogo 1918)

Resumen: El abogado sanmarquino José Matías Manzanilla Barrientos (1867-1947) fue uno de los juristas peruanos forjadores del Derecho Laboral de nuestro país y de toda Latinoamérica. Su libro La Reglamentación del Trabajo de la Mujer y el niño (Lima 1918), fue gratamente recibido y halagado por intelectuales y juristas de gran trayectoria y reconocido prestigio académico y social. El presente artículo busca rescatar esas opiniones vertidas luego de

(1) Historiador. Docente del curso Realidad Nacional en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

la primera edición de su libro mencionado. Destacando los comentarios de Elvira García y García (Perú); Luis Varela y Orbegoso (Perú); Felipe R. Sologuren (Perú); Renato Kehl (Brasil) y Estanislao Zeballos (Argentina).

Palabras Claves: José Matías Manzanilla Barrientos. Derecho Laboral. San Marcos. Perú. Ley. Congreso de la República.

Abstarct: San Marcos University's lawyer, José Matías Manzanilla Barrientos (1867-1947) was one of the peruvian jurists iniciator of Labor Law in our country and all Latin America. His book La Reglamentación del Trabajo de la Mujer y el niño (Lima, 1918) was gratefully received and praised by intellectuals and jurists of great trajectory with recognized academic and social prestige. The present article seeks to rescue those opinions expressed after the first edition of its mentioned book. Highlighting the comments of Elvira García y García (Peru); Luis Varela and Orbegoso (Peru); Felipe R. Sologuren (Peru); Renato Kehl (Brazil) and Estanislao Zeballos (Argentina).

Key Words: José Matías Manzanilla Barrientos. Labor Law. San Marcos. Peru. Law. Congress of the Republic.

Abogado nacido en Ica hace 150 años (5 de octubre de 1867), estudio Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1886), donde destacó por su análisis crítico de la legislación vigente. Esto le permitió ser invitado a participar como practicante en el estudio de sus maestros Isaac y Lizardo Alzamora Mayo. Se debe destacar que Isaac Alzamora Mayo fue primer Vicepresidente del Perú entre 1899 y 1903; además, diputado, embajador y maestro sanmarquino. Por su parte, el Dr. Lizardo Alzamora Mayo fue docente de la cátedra de Derecho Romano. Manzanilla Barrientos se graduó como Bachiller en Ciencias Políticas y Administrativas con su tesis ¿Pueden o no justificarse los requisitos que para ser Diputado exige el artículo 47 de la Constitución? en 1891. En 1895, logró el grado de doctor con la tesis ***Incompatibilidades parlamentarias***. Y, como era una norma de la época, se tituló de abogado el 9 de diciembre de 1892 ante la Corte Superior de Justicia de Lima; previamente, en 1890, sustentó su tesis ¿Hay o no derecho de gracia o conmutación?, para lograr el grado de bachiller en Jurisprudencia.

El Dr. José Matías Manzanilla Barrientos dedicó su trabajo como maestro sanmarquino, como abogado, como congresista y como político a desarrollar y aplicar las leyes laborales en el Perú de inicios del siglo XX. Su labor es reconocida por todos sus contemporáneos y generaciones posteriores. Gerson Merma Abad ha indicado que "Los proyectos elaborados por Manzanilla se convirtieron en la base de la naciente legislación obrera en Perú"[(2)]. A inicios del siglo XX, la economía peruana fue incorporada al capitalismo mundial. De esta forma, hace su aparición la clase obrera o clase proletaria,

(2) Merma Abad, Gersón. Reseña histórica del aporte de José Manzanilla Barrientos hacia la gestación de la primera legislación de accidentes de trabajo en el Perú. En: Revista en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. N° 1. Taller de Investigación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

la cual no gozaba de ningún beneficio o protección legal. Desde las aulas sanmarquinas se elevaron las primeras voces de apoyo a las constantes demandas de los obreros. Cada huelga obrera repercutía entre estudiantes y docentes, principalmente en Derecho. Una de esas voces fue la de Manzanilla.

Desde 1904 se interesó e involucró en desarrollar una legislación que mejore sustancialmente la condición laboral y social del trabajador peruano. Sus proyectos de ley involucraron desde la Jornada Laboral de Ocho Horas hasta la ley de Accidentes de Trabajo y Protección Social del Trabajador. Además, en su cátedra siempre buscó involucrar a sus alumnos en los asuntos sociales del momento. Es por ello que, en San Marcos se forjó una generación de jóvenes estudiantes que se identificaron con las demandas y las luchas del naciente movimiento obrero peruano. Así, en las huelgas de 1911; 1913 y 1919 se encontrarán estudiantes sanmarquinos apoyando a los trabajadores.

La Reglamentación del Trabajo de la Mujer y el Niño fue publicada por primera en 1918 causando un impacto positivo en los medios académicos. Muchos intelectuales de la época vertieron palabras favorables en diferentes medios. Esto se produjo pese a la existencia de un empresariado disconforme con la intervención del Estado en la solución del *Problema Social* –como se le conocía-. Entre los escritos a favor de la obra legislativa de José Matías Manzanilla Barrientos destacaron:

> *"Si la mujer trabaja lo mismo que el hombre, la remuneración debe ser igual"*

Elvira García y García publicó en El Comercio un artículo donde destacó la labor de Manzanilla. Inició su texto diciendo:

> *"Por fin se ha dejado sentir en el Parlamento peruano, una voz magnánima que aboga por los derechos de la mujer, y señala caminos justos y equitativos que están en relación, tanto con los derechos que tiene, como con los derechos que incumben a esa mitad del género humano, injustamente tratada, porque nunca se le ha comprendido. Se ha pensado siempre, que no siendo igual al hombre, apenas si le corresponden deberes que cumplir, sin que se haya imaginado nunca, que en la misma proporción le respectan derechos".*[(3)]

Resulta interesante que Elvira García y García relaciona directamente la labor legislativa de Manzanilla con las reivindicaciones aurorales de un movimiento de mujeres obreras. Estas reivindicaciones de las primeras mujeres obreras en algunos aspectos coinciden –y van en el mismo rumbo- con las reivindicaciones de los varones obreros; pero en otros aspectos difieren debido a la existencia de un discurso patriarcal que

---

Facultad de Derecho y Ciencia Política. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima-Perú. 2014. p.10.

(3) García y García, Elvira. La Ley Manzanilla (Originalmente en El Comercio 1918). Hemos tomado la versión publicada en la quinta edición de La Reglamentación del Trabajo de la Mujer y el Niño. El Descanso Obligatorio. Discursos Parlamentarios de J.M. Manzanilla. Lima-Perú. 1940. p. 17.

determina el "orden" de las cosas. Y, dentro de ese "orden" las mujeres se ubican por debajo de los varones. Entonces, se debe entender que son los ilustrados de las clases dominantes quienes han elaborado ese discurso patriarcal del "orden" de las cosas. Y, Manzanilla se presenta como un personaje incómodo para las clases dominantes pese a que él está incorporado a esa clase, por las funciones propias de su labor parlamentaria y docente.

Por ello, Elvira García y García sostiene que:

> *"Es la injusticia con que se ha recompensado el trabajo, lo que ha hecho que la mujer de cierta distinción, se aleje de él, porque ha encontrado castigada su superioridad, y se ha convencido de lo arbitrario de ese castigo, que para su fuero interno no ha podido convencerse, que nazca de un principio racional y explicable".*(4)

A inicios del siglo XX, la sociedad peruana consideraba al ocio como la madre de todos los grandes males y problemas sociales del país. La ociosidad y la vagancia fueron sinónimo de delincuencia y actividades al margen de la ley. Para contrarrestar la vagancia se implementó un discurso a favor de la escuela primaria, la escuela de artes y oficios y el amor al trabajo. Resulta contradictorio, entonces, que la *mujer de cierta distinción* no trabaje. La mujer de la clase dominante no trabaja. Y para la autora que hemos citado, esto se debe a la existencia de un trato injusto y discriminatorio contra la mujer que trabaja. Así, la condición social de la mujer de la clase dominante se fortalecía –y elevaba– por no trabajar: no era una explotada. Así, la "finura" de sus manos (sin callos) la elevaba en estatus social frente a la mujer trabajadora, explotada y de manos maltratadas. Así, van surgiendo los dos feminismos de los cuales se ocuparía –años después– José Carlos Mariátegui.

García y García, en su comentario, tiene espacio para atestiguar que:

> *"En una fábrica que visitamos, encontramos un cuadro, que para la primera contemplación, era o más simpático: centenares de mujeres, jóvenes casi todas, atendían las mil combinaciones de las máquinas con una seguridad tan experta, que parecía hubieran nacido viendo ese trabajo. Una cosa nos llamó la atención y era, que en ninguna parte había sillas y ni siquiera una mala banca. Cuando observamos sobre esta pregunta se nos dijo que era absolutamente prohibido el sentarse. Cuando alguna se había permitido llevar un cajoncito, para descansar unos pocos minutos, se le presentaba inmediatamente el vigilante respectivo, y de una gran patada hacía volar el mísero asiento, que no era lícito considerar allí. Esas infelices, que trabajan de siete a once y de doce a cinco, sin tomar descanso ni un momento, ganan cuarenta centavos, cuando terminan la tarea, que es considerable; y en caso contrario se las rebaja a la mitad".*(5)

(4) Ibid. p. 18.
(5) Ibid. p. 21.

La descripción que hace la autora del comentario es muy clara: las mujeres trabajan 9 horas al día, de pie, sin derecho a sentarse, el salario es miserable y, sobre todo, a ese maltrato sistémico, se debe sumar el maltrato coyuntural de los vigilantes que las agreden al momento de querer descansar. Las denomina *Esas infelices*, ya que, mientras en el discurso, el trabajo dignificaba a las personas y las alejaba de la "mala vida"; en condiciones concretas y objetivas, ellas sufrían de la mala vida.

Y Elvira García y García termina su texto indicando que:

> *"...y podemos asegurar de antemano, que en toda la carrera parlamentaria de nuestro distinguido amigo, el doctor J. Matías Manzanilla, no habrá nada que lo haga acreedor a un monumento más grandioso, que la presentación de esa* ***ley humana****, que iguala el trabajo del hombre al de la mujer".*[6]
>
> *"De su mérito literario y jurídico poco hemos de decir"*

Bajo el seudónimo de **Clovis**, el reconocido y respetado abogado sanmarquino Luis Varela y Orbegoso, fue uno de los periodistas más importantes en la prensa peruana de inicios del siglo XX. Gran amigo de Abraham Valdelomar y de los Colónida. En San Marcos es recordado por obtener la máxima nota (20) en el examen de fin de año (1897), siendo su jurado conformado por los Doctores Lizardo Alzamora Mayo (Derecho Romano); Manuel Vicente Villarán (Derecho Natural y Principios de Legislación); y Mariano Ignacio Prado y Ugarteche.

Clovis también rindió su pluma a la obra de Manzanilla. En El Comercio, señaló que:

> *"Es el doctor Manzanilla, no sólo el tribuno admirable y permanentemente aplaudido, el jurisconsulto de ciencia profunda y el economista de alto vuelo, sino que es el carácter férreo y la voluntad tenaz puesta en humana acción por las más noble de las causas: la de los desvalidos, la de los infelices, la de las mujeres y de los niños que para poder vivir trabajan, laboran, sufren y mueren".*[7]

Clovis identifica (lo cual era común entre los intelectuales y los dirigentes anarcosindicalistas de la época) que los obreros son *los desvalidos* y *los infelices* de la sociedad. Que su vida se reduce a la fórmula: *trabajan, laboran, sufren y mueren*. Es por ello que la labor legislativa de José Matías Manzanilla Barrientos es catalogada como positiva, como admirable, aplaudida y digna de un hombre noble. Legislar para los sin poder, para los que no tienen representación es vista como un acto de humanismo. Y la

(6) Ibid. p. 23.

(7) Clovis (Luis Varela y Orbegoso). Libros Nuevos. (Originalmente en El Comercio 1918). Hemos tomado la versión publicada en la quinta edición de La Reglamentación del Trabajo de la Mujer y el Niño. El Descanso Obligatorio. Discursos Parlamentarios de J.M. Manzanilla. Lima-Perú. 1940. p.29.

búsqueda de la justicia para los "nadie" es sinónimo de grandeza moral. Por ello, José Varela y Orbegoso afirma que:

> *"Tal lo demuestra su campaña sobre las leyes del trabajo, iniciada hace quince años y proseguida con un ardor que nada logra debilitar, ni vencer. La indiferencia del Poder, la omnipotencia del capital, el desdén de los propios interesados, laboran en contra de los esfuerzos del doctor Manzanilla; pero él no se descorazona, ni cede. Se repiten sus oraciones admirables, prosigue su campaña parlamentaria, lleva a las aulas de la Universidad el amor por estas ideas y logra interesar de tal manera a sus discípulos, que nuestra literatura universitaria, en materia de legislación del trabajo es ya copiosa, variada y profunda; alcanza hasta el desinterés de sus compañeros profesionales y los convierte en defensores gratuitos de las clases desvalidas; y esta en él es la obra diaria que por varios lustros se desarrolla, cumpliendo misión fecunda y verdaderamente patriótica".*[8]

Como ya se indicó, desde la primera década del siglo XX, José Matías Manzanilla Barrientos llevó a las aulas sanmarquinas el interés por la legislación laboral. Fueron muchos los estudiantes de jurisprudencia que se colocaron –codo a codo– con los trabajadores en las luchas obreras del auroral movimiento sindical. Por ello, para 1919 cuando se dio la ley que amplió la Jornada Laboral de Ocho Horas a nivel nacional, todos los estudiantes sanmarquinos estaban plenamente identificados con dicha justa causa. Fue la labor tenaz y titánica de Manzanilla la que consiguió llevar el problema laboral que se vivía en las fábricas, los talleres y las calles a las aulas y los debates académicos.

Añade Clovis:

> *"Su último éxito ha sido la ley del trabajo de mujeres y niños; los discursos en esa obra pronunciados los acaba de reunir el doctor Manzanilla en un elegante volumen, que será siempre leído con interés y con provecho".*[9]

La labor parlamentaria de Manzanilla siempre fue ovacionada por los invitados asistentes en las galerías del Congreso de la República. Mientras muchos congresistas invitaban familiares y amigos extranjeros; Manzanilla siempre invitó a los trabajadores y obreros.

"Estadista en el concepto moderno de la democracia"

El abogado tacneño Felipe R. Sologuren fue otro de los intelectuales que escribieron palabras favorables a la obra de Manzanilla. Fue redactor de *El Diario Judicial* y firmó sus artículos con los seudónimos El Dr. Cristal y Teófilo de Nacta. Sologuren Murió en Lima en 1930. En el texto laudatorio a la obra de Manzanilla, El Dr. Cristal anotó que:

(8) Ibid. pp. 29-30.
(9) Ibid. p. 30.

> *"Mi distinción por Manzanilla se ha venido acentuando con el trato social…Su labor por mejorar la condición de la clase desvalida, revela la firmeza de sus convicciones…Su último libro palpitante de reformas de actualidad, marca un progreso en nuestra legislación civil, política, social y económica".*[10]

Como se ha indicado en los dos reconocimientos anteriores, la obra congresal de Manzanilla fue resaltada por quienes –de alguna u otra forma- identificaron sus leyes con la justicia social. Las condiciones laborales de la clase obrera eran por demás deplorables. Era el momento de iniciar los cambios necesarios para lograr la reivindicación del creador y forjador de la riqueza. Manzanilla se convirtió en el jurista peruano más importante, a nivel Latinoamérica, en construir el Derecho Laboral como disciplina de investigación y estudio. Sologuren indicó que:

> *"Este progreso llega a vincular el sufragio universal con el Estado; incrementa los valores de la clase industrial, engrandecida por el trabajo y la cultura moderna; infiltrase en la naciente mentalidad del obrero, como alma propulsora de las crecientes legiones de hombres instruidos; prepara el equilibrio de las profesiones; desarrolla la sensibilidad social, amparo a los desvalidos; mantiene la estabilidad de las instituciones públicas, evitando los conflictos económicos, y tiende a un acertado régimen de reparto de riqueza entre el Estado, el trabajo y el capital; reparto que amparan el jurista y el economista bajo la tutela del criterio que consagra nuevas fórmulas, como garantía eficaz de su realización".* [11]

Resulta interesante percibir que Felipe Sologuren concuerda con Luis Miró Quesada y otros intelectuales de la época al momento de entender la legislación laboral como un acto por el cual el Estado logra prevenir la realización de manifestaciones, paros y huelgas. Es decir, se debe legislar antes que la realidad desborde a la ley. Aunque, para 1918, el movimiento obrero en el Perú ya tenía una larga historia de luchas por reivindicaciones inmediatas y otras de largo aliento. Desde la manifestación del Primero de Mayo de 1894 celebrada en El Callao, pasando por las huelgas de 1896 (panaderos, tipógrafos y textiles de Vitarte) y La Pascua Roja de 1905, hasta las huelgas de 1913 en El Callao –logrando por primera vez en el Perú un decreto ley que reconocía la Jornada Laboral de Ocho Horas para los estibadores del muelle y dársena-, la clase obrera peruana se encontraba en pleno proceso de agitación social y conquista laboral. Por ello, la obra de Manzanilla fue muy importante. No sólo era un referente para el futuro; sino principalmente buscó solucionar el problema del presente. Sin más antecedentes que lo observado, Manzanilla logró estructurar un pensamiento jurídico-legal a favor de la clase obrera.

(10) El Dr. Cristal (Felipe R. Sologuren). (Originalmente en 1918). Hemos tomado la versión publicada en la quinta edición de La Reglamentación del Trabajo de la Mujer y el Niño. El Descanso Obligatorio. Discursos Parlamentarios de J.M. Manzanilla. Lima-Perú. 1940. p. 26.

(11) Ibid. p. 27.

Es por ello que El Dr. Cristal termina su texto laudatorio con las siguientes palabras:

> *"El doctor Manzanilla con intuición sabia ha valorado la importancia de principios que tarde o temprano encarnarán en nuestra legislación patria. Estadista en el concepto moderno de la democracia su cultura sólida lo habilita para defender en el Parlamento teorías avanzadas sin temor servil, porque el cumplimiento del deber es fortaleza desde cuya altura se resiste con ventaja al ataque de los malvados y retrógrados".*[12]

Y, como siempre sucede con la gran obra de los grandes hombres, la obra de Manzanilla fue duramente criticada por aquellos que sólo piensan y manifiestan que la única labor verdaderamente válida del Estado debe ser reprimir cualquier manifestación de insatisfacción social o cualquier cuestionamiento al orden social injusto. Por ello, Sologuren reconoce en la persona de José Matías Manzanilla Barrientos a un hombre con firmes convicciones y que no claudica ni se coloca en posición de genuflexión ante el poder y el abuso de los poderosos.

"Felicitando al preclaro parlamentario peruano por su victoria"

La obra del Dr. José Matías Manzanilla Barrientos también fue reconocida a nivel internacional, recibiendo textos laudatorios de varios intelectuales y juristas de bien logrado prestigio. De esa forma, la obra de Manzanilla colocó a San Marcos en la vitrina intelectual más importante del planeta. El afamado jurista y escritor brasilero Renato Kehl (Docente de la Universidad del Estado de Sao Paulo) fue uno de los que destacó los aportes de Manzanilla en la formación de una doctrina jurídica en defensa de los derechos de los trabajadores. Comparando los avances de la legislación del Brasil y del Perú sobre materia laboral, Kehl escribió:

> *"Una vez en vigencia la "Ley del Trabajo" en lo que se refiere a los accidentes necesita apresurar al Gobierno Federal las medidas legislativas que aún se encuentran en proyecto en el Congreso y que regulan el trabajo de mujeres y niños en las fábricas. Sobre este punto nos hemos desgraciadamente despreocupado; y, ahora, sobre este punto, un país vecino y amigo, el Perú, ha puesto en ejercicio espléndidas normas jurídicas. Por el libro, acompañado de gentil dedicatoria, que recibimos del ilustre parlamentario peruano, doctor J. M. Manzanilla, profesor de Economía Política y Legislación Económica de la Universidad de Lima [San Marcos], conocemos sus brillantes oraciones en defensa del proyecto por él presentado, regulando el trabajo de las mujeres y los niños en las industrias"*[13]

(12) Ibid. p. 28.

(13) Kehl, Renato. La Reglamentación del Trabajo. (Originalmente en 1919). Hemos tomado la versión publicada en la quinta edición de La Reglamentación del Trabajo de la Mujer y el Niño. El Descanso Obligatorio. Discursos Parlamentarios de J.M. Manzanilla. Lima-Perú. 1940. pp. 13-14.

Mientras en Brasil, los legisladores no lograban avanzar en materia de legislación laboral; en el Perú –y gracias al esfuerzo del Dr. José Matías Manzanilla Barrionuevo– ya se contaba con leyes y reglamentos que abordaban los aspectos más importantes de dicha materia. Renato Kehl reconoce que en nuestro país, gracias a la fecunda labor de Manzanilla, se ha logrado grandes avances legislativos en la defensa de los derechos de las mujeres y los niños trabajadores. Kehl añade que:

> *"El ilustre profesor en sus discursos parlamentarios arroja vivísimas luces sobre verdades sociológicas; y prueba claramente la necesidad apremiante de proteger a esas columnas de la raza: la mujer y el niño. El libro del Decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad del Perú, es un rico acervo de principios eugenésicos. Él considera disolvente la acción del trabajo exigido a la mujer en ciertas faces de su vida y a los niños en determinada edad y determinadas labores... Sus palabras fueron coronadas de suceso creándose y promulgándose en su país, la ley N° 2854 que comprende 62 artículos, los cuales establecen la protección a las mujeres y los niños, evitándose que sean sacrificados por patrones poco humanitarios y por padres y maridos despóticos".* (14)

América Latina se encontraba en la búsqueda de la justicia social de los más desposeídos y explotados. Entre estos se encontraban las mujeres y los niños provenientes de las clases obreras. Entonces, los aportes teóricos y los logros legislativos de Manzanilla Barrientos, fueron tomados como el derrotero a seguir por muchos juristas de esta parte del planeta. Un ejemplo es Renato Kehl, quien no guardó reconocimientos y halagos a la obra del gran jurista laboralista peruano. Y, con su trabajo intelectual, académico, profesional y legislativo, el Dr. José Matías Manzanilla Barrientos convirtió a San Marcos en el paradigma institucional de muchas universidades latinoamericanas. Lo que se producía en San Marcos era acogido y leído con gran avidez intelectual por maestros y alumnos de otras casas de estudios superiores de las principales capitales de América.

El Dr. Renato Kehl termina su texto laudatorio con la siguiente reflexión:

> *"Sírvanos el ejemplo del Perú como incentivo para que podamos, muy en breve, contar con idéntica legislación protectora de la Raza. Felicitando al preclaro parlamentario peruano por su victoria, aprovechamos la ocasión para presentarlo a nuestros compatriotas como uno de los paladines americanos".* (15)
>
> *"Estamos plenamente de acuerdo con sus opiniones de fondo"*

El Dr. Estanislao S. Zeballos, jurista argentino fundador de la Revista de Derecho, Historia y Letras de Buenos Aires, fue otro de los intelectuales extranjeros que destacó la obra de Manzanilla Barrientos. De él dice:

(14) Ibid. p. 14.
(15) Ibid. p. 15.

> *"El diputado Manzanilla ha luchado en su cátedra, con la pluma y en el Congreso, para que las promesas de la hermosa Constitución peruana se cumplan con la amplitud de las ideas modernas y para que este ambiente vivificador se infiltre también de los códigos generales del Perú...Esta actividad del señor Manzanilla tiene, además del mérito patriótico de la previsión y de la oportunidad, el de desarrollarse en una sociedad de origen aristocrático, propensa a mirar menos justa y compasivamente a los humildes, pobres y desvalidos".* [16]

El reconocimiento al maestro, al intelectual y al legislador es plena. Se le ubica como una de las mentes más preclaras del país. De hacer cumplir la Constitución Política generando las leyes y los reglamentos fundamentales para su justa aplicación. Además, Manzanilla es percibido como un jurista progresista dentro de una sociedad aristocrática que por su propia estructura social tiene a menospreciar a los individuos por su origen social o su práctica laboral. Por ello, Zeballos anota:

> *"La masa social, que vive del jornal, no necesita, ni pide caridad. Tiene derecho a la justicia y lucha por obtenerla; y a la cabeza de este movimiento marcha el señor Manzanilla en el Perú, con otros motivos singulares para que sus actitudes reciban aplausos y admiración".*[17]

Las leyes propuestas por Manzanilla no formaron parte de esa visión aristocrática por la cual, el pobre debería ser reivindicado por la fuerza de la caridad y la compasión. Por el contrario, lo que siempre buscó Manzanilla fue el reconocimiento legal de los Derechos que toda persona debe tener. Entre esos Derechos, se encuentras los laborales por los cuales el Estado se obliga a tratar a las personas y las instituciones con igual importancia. Es más, proteger al trabajador de la explotación es un principio de la legislación laboral porque es una relación asimétrica donde la empresa goza de mayor poder. Por ello, el Estado debe equilibrar esta balanza imperfecta con leyes a favor de los Derechos Laborales.

(16) Zeballos, Estanislao. J.M. Manzanilla-Reglamentación del trabajo de la mujer y el niño. Lima 1918. (Originalmente en Revista de Derecho, Historia y Letras 1918). Hemos tomado la versión publicada en la quinta edición de La Reglamentación del Trabajo de la Mujer y el Niño. El Descanso Obligatorio. Discursos Parlamentarios de J.M. Manzanilla. Lima-Perú. 1940. p. 6.

(17) Ibid. p.6.

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MATERNIDAD DURANTE EL PERIODO PRE Y POST NATAL: DESCRIPCIONES Y DERECHOS VINCULADOS

Carmen Lucía Torres Cueva [1]
(Perú)

SUMARIO: I- Introducción. II- Descripción de suspensión del contrato de trabajo. III- Tipos de suspensión de contrato de trabajo. IV Antecedentes temáticos a nivel de la O.I.T. V- Descripción sobre la suspensión del contrato de trabajo durante el periodo pre y post natal. VI- Derecho a la lactancia materna. VII-Derecho a los lactarios. VIII-Descanso por paternidad. VII- A manera de conclusión.

ABSTRACT- Rest during the pre-natal and post-natal period is a living right, which is protected at supra-national level: by the international labor organization (ILO); and its recognition at national level is exposed, in article 12 of the T.U.O of the Leg. 728, Labor Productivity and Competitiveness Law.

(1) Titulada en la carrera de derecho y ciencias políticas en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Llevó especializaciones en: derechos humanos y derecho de trabajo. Actualmente estudiante de post grado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos: maestría en derecho de trabajo y seguridad social. Colegiada en el Colegio de Abogados de Lima. Litigante en lo laboral. Docente voluntaria y por honorario en universidades privadas e institutos en Lima-Perú.

Rest for maternity during the pre and post natal period, is the time given to the mother before the birth occurs and after the birth has occurred, the latter as long as there is a live birth.

The time that the employer will assign to the mother for rest will depend on whether there is multiple birth or not, if it is the case, we talk about the extension of the time for rest. As will also depend on the length of time for rest, when the one born with a physical or mental disability has occurred.

It should be noted that not only the mother has this only right, but also other rights will be triggered which we will call linked rights, and which are activated when the mother has joined the job. The related rights we are talking about are: right to breastfeeding and the right to breastfeeding.

Finally, it is necessary to consider in the summary that the dependent father is also entitled to rest days, the norm is termed as rest for paternity.

For the foregoing, we will say that when referring to maternity, it is not only a matter of speaking about the only right to act, we are facing the concurrence of more than two rights that are included in the norms in Peru.

El descanso durante el periodo pre natal y post natal es un derecho vivo, que es protegido a nivel supra nacional: por la organización internacional de trabajo (OIT); y se expone su reconocimiento a nivel nacional, en el artículo 12 del T.U.O del D. Leg. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

El descanso por maternidad durante el periodo pre y post natal, es el tiempo que se le otorga a la madre antes que se produzca el alumbramiento y después que se haya producido el alumbramiento, este último en tanto haya un nacimiento vivo.

El tiempo que atribuirá el empleador a la madre para el descanso dependerá si hay o no parto múltiple, si fuese el caso, hablamos de la extensión del tiempo para el descanso. Como también dependerá la extensión del tiempo para el descanso, cuando se haya producido el nacido con alguna discapacidad física o mental.

Cabe resaltar que no solamente la madre tiene este único derecho, sino que también se accionará otros derechos al que llamaremos derechos vinculados, y que se activan cuando la madre se haya incorporado al puesto de trabajo. Los derechos vinculados del que hablamos son: derecho a la lactancia materna y derecho a los lactarios.

Por último, es necesario considerar en el resumen que el padre supeditado también tiene derecho a días de descanso, la norma lo denomina como descanso por paternidad.

Por lo expuesto, diremos que al referirnos a la maternidad no solo corresponde hablar de único derecho por accionar, estamos frente a la concurrencia de más de dos derechos que se encuentran recogidos por normas en el Perú.

KEYWORDS – Suspension in contingent contract. Maternity. Rights for the working mother. Right for the working father. Glimpses at the ILO. Social work reality.

Suspensión en contrato supeditado. La maternidad. Derechos para la madre trabajadora. Derecho para el padre trabajador. Atisbos en la OIT. Realidad social laboral.

I.- INTRODUCCIÓN

En lo que lleva de las últimas décadas se atisba la disminución de los derechos laborales en el Perú, que presenta el devenir de las instituciones jurídicas que pretenden amparar al trabajador supeditado. La disparidad de los derechos laborales en el sector privado, presentan a un grupo de trabajadores con más beneficios que otros, que se acomodan en el régimen del sector privado general y régimen del sector privado especial de las MYPE.

Al no haber una solución política jurídica para cesar la disparidad –por justificarse en la necesidad de estimular la iniciativa privada de los Micros y Pequeños empresarios que únicamente busca beneficiar al sector empresarial del país(2)– seguirá pernotando en el campo de la institución jurídica, afectando a los trabajadores.

Lo expuesto en los párrafos anteriores presenta la vista general de los derechos de trabajo en Perú.

Ahora, basándonos únicamente en lo que respecta al tema propuesto, es necesario apreciar que existen un grupo de trabajadoras que tienen derechos distintos, por su estado de gestación durante el periodo pre natal y por haber alumbrado a su descendiente, siendo este tema lo que inspira el desarrollo del presente artículo informativo.

Quizá los lectores se pregunten ¿Por qué inicié hablando de la disparidad de los derechos de trabajo en el sector privado? ¿Por qué expresé sobre régimen general y especial MYPE en el sector privado?

Los derechos para la madre trabajadora dependerán si es que se encuentra laborando en una micro, pequeña, mediana o gran empresa. Si nos referimos al descanso por maternidad durante el periodo pre y post natal, este se puede apreciar en dos campos: en el primer campo presentamos a la madre trabajadora que labora en una micro empresa; y en el segundo campo presentamos a la madre que labora en pequeña, mediana o gran empresa.

En el primer campo, al producirse suspensión del contrato de trabajo por descanso por maternidad durante el periodo pre y post natal, la madre no continuará recibiendo el pago de su remuneración. Esto se debe a que la madre solo está afiliada al SIS, y su cobertura es limitada; no tiene derecho al subsidio por maternidad.

En el segundo campo, al producirse suspensión del contrato de trabajo por descanso por maternidad durante el periodo pre y post natal, la madre si continuará recibiendo el

(2) Artículo 2 del D.S. 013-2013-produce: El estado promueve un entorno favorable para la creación, formación, desarrollo y competitividad de las MyPE y el apoyo a los nuevos emprendimientos, a través de los Gobiernos Nacional, Regional y Local; y establece marco legal e incentiva a la inversión privada, generando o promoviendo una oferta de servicios empresariales destinados a mejorar los niveles de organización, administración, tecnificación y articulación productiva y comercial de las MyPE, estableciendo políticas que permitan la organización y asociación empresarial para el crecimiento económico con empleo sostenible.

pago de su remuneración. Esto se debe a que la madre tiene cobertura ante ESSALUD y el derecho al subsidio es reconocido.

Si bien estamos frente al devenir de los derechos laborales, tal como se ha comentado, el presente artículo no pretende formular críticas, dado que se extendería la información compartida.

El presente artículo es informativo y pretende contribuir, de manera humilde, con la descripción de la suspensión del contrato de trabajo; tipos de suspensión de contrato de trabajo; antecedentes temáticos a nivel de la O.I.T.; descripción sobre la suspensión del contrato de trabajo durante el periodo pre y post natal; y de los derechos vinculados tales como: el derecho a la lactancia materna, derecho a los lactarios y descanso por paternidad. Se espera contribuir con un instrumento de práctica comprensión, destinados a estudiantes y profesionales.

II.- DESCRIPCIÓN DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Antes de introducirnos a la descripción de la suspensión del contrato de trabajo conforme a la norma, es prudente discernir sobre la definición del contrato de trabajo, que es opuesto al contrato autónomo, que es un contrato de naturaleza civil propio de un trabajo independiente.

El contrato de trabajo es un instrumento jurídico, que las partes interesadas consideran celebrarlo; en él se establece una relación de trabajo que se desarrollará en un plazo determinado o indeterminado.

En el contrato de trabajo existen dos partes que interactúan desde su celebración hasta su extinción. Las partes que interactúan o sujetos que intervienen son: el empleador y el trabajador. Para describirlos brevemente, el empleador es quien puede ejercer la facultad de dirección, fiscalización y sanción, puede ser una persona natural o persona jurídica; pero el trabajador, a diferencia de la otra parte, únicamente puede ser persona natural: susceptible a ser direccionado, fiscalizado y sancionado –es la parte más débil de la relación de trabajo por encontrarse subordinado al empleador.

A la celebración oral o escrito del contrato de trabajo, una de las partes se compromete a prestar servicio subordinado dentro de una jornada de trabajo, que no debe exceder las ocho horas al día, ni exceder las cuarenta y ocho horas a la semana. La otra parte, de la relación de trabajo, será quien otorgue remuneración conforme a lo convenido y con respeto a lo establecido por la norma[3]. Es conveniente la precisión de que todo pago de la remuneración no debe ser inferior a la remuneración mínima vital, salvo de que se trate de un trabajo que se desarrolla en menos de cuatro horas al día e inferior a las veinte horas a la semana; en este supuesto, el trabajador percibirá el equivalente de

(3) Numeral 7.9 del artículo 7° de la Ley N° 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, establece como función exclusiva de este ministerio el fijar y aplicar los lineamientos de la política de remuneraciones mínimas.

la parte proporcional de la remuneración mínima vital establecida, tomándose como base para este cálculo el correspondiente a la jornada ordinaria del centro de trabajo donde se presta servicios[4].

Ahora, ya discernido la definición del contrato de trabajo, podemos entrar a la descripción de la suspensión del contrato de trabajo.

Es necesario mencionar que, el contrato de trabajo no siempre se va a desarrollar puramente, sin ninguna interrupción. Habrán hechos que motiven y justifiquen la interrupción de la ejecución del contrato de trabajo, presentando así la suspensión del contrato de trabajo; hechos tales como la enfermedad, invalidez, accidente, la maternidad durante el periodo pre y post natal, entre otros.

El tema de la suspensión del contrato de trabajo en el sector privado, se encuentra atendido por el T.U.O. del D. Leg. 728: D.S. 003-97-TR. Aunque la norma no defina directamente la suspensión del contrato de trabajo, se puede extraer una definición inspirado por el artículo 11 del T.U.O:

> *"Se suspende el contrato de trabajo cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin que desaparezca el vínculo laboral.*
>
> *Se suspende, también, de modo imperfecto, cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores."*

Por el artículo citado, definimos a la suspensión del contrato de trabajo como el cese temporal del contrato, donde el trabajador no está obligado en seguir prestando servicios a beneficio del empleador; y el empleador, durante este tiempo, no se encuentra obligado de pagar remuneración a su trabajador siempre que se trate de una suspensión de tipo perfecto.

En esta dirección, claramente se puede observar que el pago de la remuneración está siendo condicionado. Si es un tipo de suspensión "perfecta", el trabajador no recibirá remuneración, pero si es una suspensión de tipo imperfecta, el trabajador si tendrá este derecho a la remuneración durante el tiempo que dure la suspensión.

Cabe formularnos la siguiente pregunta: ¿Cuándo estamos frente a una suspensión de tipo perfecta o imperfecta? Para poder saber si el trabajador tiene o no tiene este derecho a la remuneración durante el tiempo que dure la suspensión, es necesario saber las causas[5] que la originan –las causas están expuestas en el artículo 12 del D.S. 003-97-TR:

a) La invalidez temporal; b) La enfermedad y el accidente comprobados; c) La maternidad durante el descanso pre y postnatal; d) El descanso vacacional; e) La licencia para desempeñar cargo cívico y para cumplir con el Servicio Militar Obligatorio;

(4) Artículo 3 de la R.M. 091-92-TR.
(5) Artículo 12 del D.S. 003-97-TR.

f) El permiso y la licencia para el desempeño de cargos sindicales; g) La sanción disciplinaria; h) El ejercicio del derecho de huelga; i) La detención del trabajador, salvo el caso de condena privativa de la libertad; j) La inhabilitación administrativa o judicial por período no superior a tres meses; k) El permiso o licencia concedidos por el empleador; l) El caso fortuito y la fuerza mayor; ll) Otros establecidos por norma expresa.

Teniendo en cuenta la intención del presente artículo informativo, no se desarrollará cada una de las causas mencionadas en el párrafo anterior, solo nos concentraremos en explicar el literal c) del artículo 12: sobre la maternidad durante el descanso pre y postnatal.

III. TIPOS DE SUSPENSIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO

Si bien, al momento de explicar la suspensión del contrato de trabajo se ha extendido hasta la explicación de los tipos suspensión del contrato de trabajo, prudente es reiterarlo y ubicarlo conforme a la norma en vigor. Para ello citaremos nuevamente el artículo 11 del D.S. 003-97-TR; en él se puede extraer dos tipos de suspensión: suspensión de tipo perfecta y suspensión de tipo imperfecta.

El prime tipo de suspensión se refiere a que durante el cese temporal de la relación de trabajo, el trabajador no estará obligado en seguir prestando servicios durante el tiempo que dure la suspensión; y el empleador no estará obligado a continuar con el pago de la remuneración porque así lo señala la norma; como es el caso del permiso o licencia concedido por el empleador, la sanción disciplinaria, entre otros. Es prudente decir que, por el hecho de ser una suspensión de tipo perfecto, no involucra formalidad, por todo lo contrario, para la validez de la suspensión del contrato de trabajo, sea cual fuere la causa, depende de cierta formalidad, como es la comunicación escrita y en algunos casos deben ser probados.

El segundo tipo de suspensión se refiere a que durante el cese temporal de la relación de trabajo, el trabajador no estará obligado en seguir prestando servicios durante el tiempo que dure la suspensión; y el empleador si estará obligado en continuar con el pago de la remuneración, como es el caso de suspensión por maternidad durante el periodo pre y post natal. Durante este tiempo la madre no estará trabajando, pero seguirá recibiendo remuneración por parte del empleador. El empleador finalmente podrá solicitar el subsidio ante ESSALUD mediante un trámite administrativo.

IV. ANTECEDENTES TEMÁTICOS A NIVEL DE LA O.I.T.

El derecho a la protección de la maternidad se encuentra amparado en el convenio 183 de la O.I.T. Siendo este ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo Nº 012-2016-RE.

Para los efectos del convenio, el término mujer se aplica a toda persona de sexo femenino, sin ninguna discriminación, y el término hijo a todo hijo, sin ninguna discriminación.

La licencia por maternidad se encuentra versado en el artículo 4 del convenio citado. Donde establece que toda mujer a la que se aplique el convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas.

V. DESCRIPCIÓN SOBRE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO PRE Y POST NATAL

El descanso por maternidad durante el periodo pre y post natal es una suspensión de tipo imperfecto, es decir, la madre trabajadora continuará percibiendo su remuneración por el tiempo que dure la suspensión del contrato. Al final del periodo, el empleador tendrá derecho a solicitar el pago por subsidio ante ESSALUD respetando el trámite administrativo conforme a lo establecido en la Resolución de Gerencia General N° 518-GG-Essalud-2018.

La maternidad durante el periodo pre y post natal suspende el contrato de trabajo hasta 98 días conforme al ratificado convenio 183 de la O.I.T.

El tiempo de los 98 días, es distribuido proporcionalmente en 49 días pre natal y 49 días post natal —comprendido artículo 2 de la Ley 30367. El periodo pre y post natal solo podrá ser distribuido según fecha probable de nacimiento precisado en un certificado médico, el que debe ser presentado al empleador.

El goce del descanso pre natal podrá ser diferido, parcial o totalmente, y acumulado por el post natal, siempre que la madre trabajadora tome libremente la decisión; en este caso, la madre trabajadora deberá comunicar tal decisión con una antelación no menos a dos meses a la fecha probable de parto. La comunicación al empleador debe estar acompañado por un informe médico que certifique que la postergación del descanso pre natal, no afectará a la trabajadora gestante o al concebido. La postergación del descanso pre natal no autoriza a la trabajadora gestante a variar o abstenerse del cumplimiento de sus labores habituales, salvo pacto en contrario que haya celebrado la trabajadora con el empleador.

Cabe formular las siguientes preguntas que son las frecuentes: ¿Qué ocurre con los días de descanso si la madre alumbra a más de un hijo? ¿Qué sucede si el parto se adelanta o se retrasa? ¿Se podrá utilizar el descanso vacacional al término del descanso post natal? En el caso de partos múltiple, el artículo 1 de la Ley 26644 señala que, el descanso post natal se extenderá por 30 días naturales adicionales. Este mismo tiempo se utilizará en el caso de que haya alumbramiento de un niño con discapacidad física o mental.

Ahora, para dar respuesta a la segunda pregunta formulada, en el caso que se produzca adelanto del alumbramiento respecto de la fecha probable del parto fijado para establecer el inicio del descanso pre natal, los días de adelanto se acumularán al descanso post natal. Si el alumbramiento se produjera después de la fecha probable de parto, los días de retraso serán considerados como descanso médico por incapacidad temporal para el trabajo y pagados como tales, lo expresado conforme al artículo único de la Ley Nº 27402.

Atendiendo a la última pregunta formulada, diremos que al término del descaso post natal, o al término de los 30 días por parto múltiple o por discapacidad, la madre tiene derecho a utilizar los días de descanso vacacional[6] de 30 días si se encontrara en un régimen general, o de 15 días si se encontrara en el régimen de la MYPE. Y el pago de estos días se dará conforme lo establece la norma. El derecho a las vacaciones solo podrá ser ejercido siempre que la trabajadora haya cumplido con el requisito para el goce de descanso vacacional. Para el ejercicio del derecho, la madre trabajadora deberá comunicar su voluntad al empleador con una anticipación no menor de 15 días calendario.

Si bien se ha compartido la explicación del descanso por maternidad durante el periodo pre y post natal, y se ha atendido a las preguntas más comunes, no podremos decir que hasta ahí concluye el estudio de la maternidad, cabe mencionar que, al producirse el parto surgen otros derechos, a los que llamaremos "derechos vinculados". Derechos tales como: el derecho a la lactancia materna, el derecho a los lactarios y el descanso por paternidad; temas que explicaremos en lo seguido.

VI. DERECHO A LA LACTANCIA MATERNA

La madre trabajadora al incorporarse al centro de trabajo, tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, derecho que se ejerce hasta que el hijo tenga un año de edad conforme al artículo 1 de la Ley Nº 27591, que modifica al artículo 1 de la Ley 27240. La hora diaria, por derecho a lactancia materna, se considera como tiempo efectivamente laborada y considerado para todo efecto legal.

La madre trabajadora y su empleador podrán convenir el horario en que se ejercerá el derecho. El derecho que por la Ley 27240 se otorga, no podrá ser compensado ni sustituido por ningún otro beneficio.

En caso de parto múltiple, el permiso por lactancia materna se incrementará una hora más al día. Este permiso podrá ser fraccionado en dos tiempos iguales y será otorgado dentro de su jornada laboral, en ningún caso será materia de descuento de la remuneración. La madre trabajadora y su empleador podrán convenir el horario en que se ejercerá el derecho, al inicio o al término de la jornada, o fraccionarlo según considere la madre; lo expresado conforme al 1.1 y 1.2 del artículo 1, Ley 28731 (13 de mayo del 2006).

(6) Artículo 4 de la Ley 26644.

VII. DERECHO A LOS LACTARIOS

Los centros de trabajo del sector público y del sector privado, donde laboren veinte o más mujeres en edad fértil entre 15 a 49 años de edad, deben contar con un ambiente apropiadamente implementado para la extracción y conservación adecuada de la leche materna durante el horario de trabajo. Este ambiente debe reunir las condiciones mínimas que garantizan su funcionamiento óptimo como son: privacidad, comodidad e higiene; así como el respeto a la dignidad y la salud integral de las mujeres beneficiarias, y la salud, nutrición, crecimiento y desarrollo integral del niño o niña lactante, hasta que cumplan dos años.

Los elementos mínimos que debe contar este espacio son: mesas, sillas y/o sillones con abrazaderas, dispensadores de papel toalla, dispensadores de jabón líquido, depósitos con tapa para desechos, refrigerador, contar con agua potable, entre otros elementos, que brinden bienestar y comodidad a las madres para la extracción y conservación de la leche materna.

Respecto al espacio del área y de acuerdo a lo establecido en el D.S. N° 009-2006-MIMDES, no deberá ser menor de 10 metros cuadrados. El ambiente lactario debe estar alejado de las áreas peligrosas, contaminadas u otras que impliquen riesgo para la salud e integridad de la madre.

Excepcionalmente, en caso que el empleador justifique razonablemente y objetivamente demostrables, podrán implementar el área lactario en un ambiente que no se encuentre ubicado en el mismo espacio del centro de trabajo, siempre que aquél sea colindante, de fácil acceso y cumpla con todas las exigencias previstas por la norma, debiendo los empleadores brindar las facilidades del caso para su uso.

Para la frecuencia del uso del ambiente lactarios, durante el horario de trabajo, no podrá ser inferior a una hora por día. Un tiempo de uso mayor se podrá establecer por decisión unilateral del empleador y estar contemplado en su Reglamento Interno de Trabajo o en su defecto en documento que expresamente señale esta situación, de común acuerdo entre la madre trabajadora y el empleador, o mediante convenio colectivo de trabajo.

La frecuencia y oportunidad del uso del lactario son determinadas por la madre trabajadora, observando el tiempo de uso de lactario vigente en la entidad empleadora conforme al D.S 001-2016-MMP.

VIII. DESCANSO POR PATERNIDAD

Este derecho podrá ser ejercido por el padre. La licencia por paternidad es otorgado por el empleador al padre por diez días calendario consecutivos, sea el parto producido de forma natural o cesárea.(7)

Solo en casos especiales el plazo de la licencia es de veinte días calendario consecutivos, por nacimientos prematuros y partos múltiples; treinta días calendario consecutivos por nacimiento con enfermedad congénita terminal o discapacidad severa; y treinta días calendario consecutivos por complicaciones graves en la salud de la madre.

El plazo de la licencia se computa a partir de la fecha que el trabajador indique entre las siguientes alternativas: Desde la fecha de nacimiento del hijo o hija; desde la fecha en que la madre o el hijo o hija son dados de alta por el centro médico respectivo; o a partir del tercer día anterior a la fecha probable de parto, acreditada mediante el certificado médico correspondiente, suscrito por profesional debidamente colegiado.

En el supuesto que la madre muera durante el parto o mientras goza de su licencia por maternidad, el padre del hijo/a nacido/a será beneficiario de dicha licencia con goce de haber, de manera que sea una acumulación de licencias.

El trabajador peticionario que haga uso de la licencia de paternidad tendrá derecho a hacer uso de su descanso vacacional pendiente de goce, a partir del día siguiente de vencida la licencia de paternidad. La voluntad del trabajador, para gozar del descanso vacacional, deberá ser comunicado al empleador con una anticipación no menor de quince días calendario a la fecha probable de parto de la madre.

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Después de haber conocido la descripción legal de suspensión del contrato de trabajo, los tipos de suspensión de contrato de trabajo, los antecedentes temáticos a nivel de la O.I.T., la descripción sobre la suspensión del contrato de trabajo durante el periodo pre y post natal, el derecho a la lactancia materna, el derecho a los lactarios y el descanso por paternidad, podremos decir que hay abundante instrumento jurídico nacional que los recogen. Y, aunque las normas en vigor nos presenten desigualdad para los ejercicios de ciertos derechos, nótese un pequeño espíritu del legislador para extender derechos como es el caso de la incrementación de los 90 días, por descanso por maternidad durando el periodo pre y post natal, a 98 días; o en el caso de la incrementación de los días de descanso por paternidad, que era de 4 días, y que ahora es de 10 días.

Por último, reconocemos que aún queda una tarea pendiente jurídico social, para estimular el progreso, sin disparidad, de los derechos sociales laborales. Tarea que debe ser estimulado por profesionales de derecho que ocupan su estudio en esta rama.

(7) Artículo 2 de la Ley 30807 que modifica a la Ley 29409.

EL SIGNIFICADO DE LA REMUNERACIÓN EN EL PROCESO DE TRABAJO: ANÁLISIS, CRÍTICA Y PERSPECTIVA DE LAS TEORÍAS REMUNERATIVAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CORRIENTE CRÍTICA DEL DERECHO LABORAL

Luis Alberto Quintana García[1]

(Perú)

SUMARIO: I.- Introducción. II. Conceptos previos: apologistas vs críticos. III. El trabajo y el proceso de valorización: Proceso de contratación de la fuerza de trabajo. IV. Justificación capitalista de la plusvalía. 1. Planteamientos capitalistas de la apropiación privada de la plusvalía. 2. Defensa apologista a través de las teorías del salario. V. Posición de los críticos en torno al salario. 1. Síntesis del problema. 2. Perspectiva de la lucha por el salario. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía y referencias.

RESUMEN: En el presente trabajo abordaremos el problema del significado del salario o remuneración en el proceso de trabajo, analizando el proceso de valorización de la fuerza de trabajo y el papel que representa la plusvalía en torno a ella. Se analizará

(1) Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, miembro del Grupo de Investigación Laboralistas de la Facultad de Derecho de la UNMSM, miembro del Taller Dr. José Matías Manzanilla y asistente de las cátedras de Derecho del Trabajo I y II (Individual y Colectivo) de la misma casa de estudios.

críticamente las teorías sobre el salario propuesto por los apologistas para luego desarrollar una propuesta desde la corriente crítica del derecho del trabajo.

ABSTRACT: In this researcher article, we study the problem of the wage in labour process, analysing the value creation process of the labour power and the role that represent the surplus value about that. Then, analyse several theories about the wage, critically because apologist for capitalism defends those theories. Finally, explain the proposal about point of view the critical labour law current.

PALABRAS CLAVES: Lucha de clases- plusvalía- salario- fuerza de trabajo- corriente crítica del derecho del trabajo- apologista – capitalista.

KEY WORDS: Class struggle – surplus value- wage- labour power- critical labour Law current – apologist for capitalism- capitalist.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo abordaremos el problema del significado del salario o remuneración[(2)] en el proceso de trabajo, las teorías y posiciones que se erigen en torno a ella y la perspectiva que buscan resolver las contradicciones analizadas.

Para dicho fin, iniciamos en el Capítulo II con las principales diferencias en torno a la función del Derecho del trabajo planteado entre la corriente apologista y los críticos[(3)].

En el capítulo III, analizaremos brevemente el proceso de formación del valor de la fuerza de trabajo al momento de ser contratado para realizar una actividad o crear un producto.

Posteriormente, en el capítulo IV, se analizará críticamente las teorías planteadas en torno al salario que sirven de justificativo económico, jurídico y político por algunos teóricos capitalistas y sus apologistas.

Finalmente, en el capítulo V, sintetizaremos la formulación de la corriente crítica del Derecho laboral y la perspectiva en torno al salario para los trabajadores.

(2) Para efectos del presente trabajo, indistintamente consideraremos salario o remuneración como términos idénticos, ya que en última instancia representa el costo del valor de la fuerza de trabajo.

(3) Terminología y distinciones adoptadas de: CORREAS VÁZQUEZ, Florencia, La Sociología del Derecho Laboral, *Revista Crítica* N° 17, agosto-2000. Disponible en: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/3176/2976. Cfr. MOLINA RAMOS, Gustavo, Las Características y los principios del Derecho Mexicano del Trabajo (Contradiscurso), *Crítica jurídica: revista latinoamericana de política, filosofía y derecho*, Centro de Investigaciones y Docencia en Ciencias Políticas de la Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla, 1987. Disponible: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/2945/2747. En el apartado siguiente desarrollaremos estos conceptos para el caso del derecho del trabajo.

II. CONCEPTOS PREVIOS: APOLOGISTAS VS CRÍTICOS:

El derecho del trabajo en el capitalismo[4], al tratar de regular las contradicciones derivadas entre el capital- trabajo, en el sector privado, y el Estado- trabajo, para el sector público, circunscribe en un conjunto de actos a los sujetos que participan dentro de estos conflictos, quienes actúan conforme a ciertos postulados que, consciente o inconscientemente, repercuten en favor de uno de los sectores en conflicto.

Es por ello que sostenemos, como lo refiere el profesor Jorge Rendón Vásquez, que:

> *Cada autor, cada jurista, cada parte en la relación laboral propone el contenido de las normas laborales o el de todo el Derecho del Trabajo, y los interpreta* **en concordancia con su posición en la estructura económica y la clase social con la que se identifica***, por su pertenencia a ella, por su formación ideológica o por su actividad profesional. Incluso, si una norma tiene objetivamente un contenido muy claro, el modo de interpretarla y de aplicarla puede variar según la posición del intérprete en el asesoramiento, la defensa, la función legislativa, el control administrativo de la aplicación de sus reglas por el Estado y la función judicial. El cumplimiento de la norma laboral, tal como ella es, cualquiera que sea su nivel, frente a las tentativas de negarla o desvirtuarla por quien debe acatarla, resulta así con frecuencia el epílogo de una larga lucha entablada por sus beneficiarios. (Resaltado nuestro)*[5]

En ese sentido, cuando se analice la posición de cada sector en pugna, evaluaremos cómo la posición de la burguesía y sus reproductores en el derecho del trabajo tienen en su esencia el carácter de ser *ideológicos*, lleno de discursos orientados a misiones metajurídicas o que adorna el discurso llenándole de flores[6], sin más perspectiva que la de reproducir la forma jurídica laboral dominante, contribuyendo a conservar el estado de cosas actuales en materia laboral.

(4) Téngase en cuenta que en concreto, nos referimos al capitalismo atrofiado que se desenvuelve en los países del tercer mundo, pues este no es industrializado, de predominancia en los servicios, manufactura y la extracción de minerales, gas y petróleo, sin que se haya resuelto el problema de Estado Nación, las contradicciones entre el campo y la ciudad, entre otros, que son problemas prácticamente de una herencia política del siglo pasado. Para el derecho del trabajo resulta fundamental entender esto, toda vez que, al no estar consolidado los principios democrático-burgueses, sobre los trabajadores recae la necesidad de conquistar y defender dichos principios como necesidad histórica que la corriente crítica del derecho del trabajo contribuye.

(5) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, Derecho del Trabajo- Teoría general I, Editora jurídica Grijley, 2007, p.32

(6) MOLINA RAMOS, Gustavo, *Las Características y los principios del Derecho Mexicano del Trabajo (Contradiscurso)*, Crítica jurídica: revista latinoamericana de política, filosofía y derecho, Centro de Investigaciones y Docencia en Ciencias Políticas de la Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla, 1987. p. 82.

Cabe advertir que esta posición, como consecuencia de su financiamiento por las clases dominantes y de los medios informativos del que disponen, se presentan como *verdades universales* (o únicas y eternas) ante estudiantes, abogados, jueces y otros, pero su validez se contradicen con la realidad práctica, ya que no puede dar explicación a las contradicciones internas de las relaciones sociales laborales, sino solo a través leyes (Normas sustantivas y procedimentales) que emite el Estado, omitiendo los factores económicos, sociales, ideológicos y jurídicos, siendo que sus propuestas se orientan hacia una mera modificación de articulados de las normas y no a cuestionar el sistema normativo laboral, el carácter necesario o inevitable de su existencia y otros aspectos.

Por ello, es que dentro del derecho del trabajo, esta posición se le ha denominado *apologista*, reconoce que el derecho del trabajo busca reglamentar las relaciones desiguales entre capital y trabajo, con el objetivo de la búsqueda de la paz social. Esto debe entenderse con la necesaria intervención de la fuerza política concentrada en el Estado[(7)]. Sin embargo, los apologistas no buscan la protección real del trabajador sino la adecuada utilización por el capital de su fuerza de trabajo en función de la rentabilidad, de ahí que la "paz social" que propugnan, es la de evitar la insubordinación o cuestionamiento por parte del trabajador a la acumulación y valorización del capital, lo que lleva consigo es dar un disciplinamiento para que sea funcional a los requerimientos del capital, el grado de intensidad de dicho requerimiento determinará cuán explotado será el trabajador.

Se desprende así que, esta corriente cumple una función mistificadora tendiente a orientar la lucha de los trabajadores a misiones metajurídicas (v.g. la utilización de la categoría de *pleno empleo* cuando en el capitalismo sólo se alcanza a relativizar la brecha entre las clases sociales pero nunca a eliminarlas, pues ello depende de factores de política económica y no de objetivos metafísicos) garantizando el no cuestionamiento a la propiedad privada de los medios de producción y formando en la consciencia jurídica social las categorías[(8)] que las clases dominantes establecen como parámetro incuestionable ante las posiciones de los trabajadores.

La ideología apologista contiene una facción conservadora, que centran su defensa en la incorporación, implícita o explícita, del derecho del trabajo al derecho civil, como un apéndice de su regulación, desde luego que esta concepción es acogida en épocas de prosperidad (para el caso peruano, tenemos que hubo un ciclo definido del 2000 - 2016), cuando la clase trabajadora no alcanza un grado de desarrollo de su consciencia

(7) CORREAS VÁZQUEZ, Florencia, La Sociología del Derecho Laboral, Revista Crítica N° 17, agosto-2000, pp. 83-84. Disponible en: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/3176/2976.

(8) Podemos anotar como un ejemplo el caso de la categoría *Estabilidad laboral*, esta categoría es reproducida por los apologistas como *estabilidad laboral absoluta y relativa*, en contraposición de lo que establecen los críticos, como *estabilidad o inestabilidad laboral*. En relación a esta última posición puede verse en la "sección 1: estabilidad en el trabajo" del libro: RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo (Relaciones individuales en la actividad privada)*, segunda edición, editorial Tarpuy S.A., 1991, pp.362- 369.

de clase y el Estado se limita a reproducir una legislación favorable al desarrollo de la extracción de plusvalía, v.g. tercerización e intermediación.

En época de desaceleración y estancamiento económico (inicio del 2017 en adelante), como consecuencia del cuestionamiento de las clases trabajadoras al sistema económico, emerge otra facción que recurre al poder coactivo del Estado para atenuar las contradicciones de clase, en consecuencia, las principios del derecho del trabajo (v.g. carácter irrenunciable de la remuneración), la estabilidad laboral, los derechos adquiridos y otros, son reconocidas formalmente por esta facción apologista en el discurso, pero materialmente se utiliza dichas categorías para eliminar la visión emancipadora que se gesta en las contradicciones internas del sistema y que la clase dominante ya no puede sostener en la crisis y que requiere del apoyo del Estado para defenderse.

La posición contraria, la de los críticos, cumplen una función desmitificadora y esclarecedora que orientan a explicar la situación de los trabajadores a través de las contradicciones mismas de las relaciones capitalistas de producción. Además de ello, la función crítica del derecho del trabajo, al cuestionar el basamento de las relaciones capitalistas afirma la necesidad del cambio de estructura económica como necesidad y salida de la situación de miseria de los trabajadores más allá de los límites legales impuestos por la forma jurídica dominante y promovida por los apologistas.

De esto resulta fundamental, que sea independientemente de la etapa en que se encuentra la sociedad, la defensa del trabajador resulta un principio que recae como quehacer ético y profesional de los que siguen las causas justas de los trabajadores. Es por eso que, el derecho del trabajo no debe proveer de elementos al capitalista para que establezca una actuación de explotación o extracción de mayores cuotas de plusvalía, sino que debe ser una herramienta para el trabajador en el mejoramiento de su situación como clase social conforme al grado de desarrollo de su conciencia, hacia la cual los críticos apuntan para su desarrollo, contrarrestando las corrientes ideológicas, que como la apologista, no defienden los intereses profesionales de los trabajadores.

Es por ello que, como sostiene el profesor Gómez Valdez, consideramos:

> *(...) que esta seductora concepción[aquella concepción que postula* **una "doble lógica"** *del derecho del Trabajo: Protección del trabajador y por igual del empleador] no solamente* ***es errada****, sino que* **no guarda ninguna armonía con** *el objeto del Derecho del trabajo, que se centra en* **la protección de la parte más débil de la relación laboral: el trabajador***, de ahí el control de su aplicación por parte del propio legislador, sin importar las modernas formas de contratación laboral impuestas por la evolución tecnológica, económica y científica de las sociedades(resaltado nuestro)*[9]

(9) Gómez Valdez, Francisco. *Derecho del Trabajo (Relaciones Individuales del trabajo)*, segunda edición, Editorial San Marcos, Lima, 2009, p. 75.

El presente trabajo adopta la metodología y la perspectiva de los críticos, mediante el cual abordaremos adecuadamente el problema de la remuneración o salario y su adecuada orientación para que los trabajadores sean concientes de los fenómenos ocultos que subyacen en el proceso de trabajo y su real configuración en términos económicos.

III. EL TRABAJO Y EL PROCESO DE VALORIZACIÓN: PROCESO DE CONTRATACIÓN DE LA FUERZA DE TRABAJO

Cuando el trabajador realiza un contrato de su fuerza de trabajo para ponerla en marcha en la empresa, dentro de este contrato se estipula el valor de su fuerza de trabajo, esto es, el valor de determinada suma de medios de subsistencia que reproducirán la forma de vida del individuo y se distribuirá en los diversos gastos que realice en alimentos, habitación, salud, educación, transporte, vestimenta, etc. Este pago tiene el nombre de remuneración o salario. Pero, ¿cómo es que el capitalista puede obtener ganancia de semejante contratación? Porque, si realmente la fuerza de trabajo costara lo que en el contrato se estipula y fuese realmente lo que por *justeza* le correspondería al trabajador, ¿cómo, entonces, obtendría una ganancia el capitalista? Y ¿por qué él tendría que llevarse esa ganancia?

Marx, al analizar el proceso de trabajo en las condiciones capitalistas, advierte que el capitalista, adelanta dinero con la intención de hacer de éste más dinero(10), entonces ¿qué es lo que le paga al trabajador? Y aquí es donde debemos anotar cierta diferencia entre el *valor de la fuerza de trabajo* y el valor *creado por el gasto de la fuerza de trabajo*(11), porque el contrato de trabajo sólo estipula el primero, y el gasto real de la fuerza de trabajo sería mucho mayor. Entonces, el valor creado por el gasto de la fuerza de trabajo, es mucho mayor porque la fuerza de trabajo no se limita a crear su valor sino que está ya disponible para todo el tiempo de la jornada, donde, posterior a crear su propio valor, desarrollará más trabajo, más allá del trabajo necesario para crear su fuente de pago, lo que dará como resultado que lo que genere en dicho tiempo de la jornada de trabajo no tendrá ningún valor para él pero sí para el capitalista, generando así plusvalor.

Hasta aquí, debemos resaltar que la fuerza de trabajo en su utilización es fuente de valor, y en el capitalismo, se convierte en la mercancía de preferencia para generar la plusvalía, pues incluso, no se requiere pagarle el valor de la fuerza de trabajo cotizada en el mercado, el capitalista puede pagarle por debajo del promedio legal, sin embargo, el grado de organización de la clase trabajadora puede hacer retroceder estas iniciativas.

(10) MARX, Karl, *El Capital: El proceso de producción del capital*, T. I, Vol. 1, Siglo Veintiuno editores S.A, Argentina, 1975, p. 232.

(11) Vid. SEGAL, Luis, *Principios de Economía Política*, Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo-Uruguay, 1945, p. 89.

IV. JUSTIFICACIÓN CAPITALISTA DE LA PLUSVALÍA:

1. PLANTEAMIENTOS CAPITALISTAS DE LA APROPIACIÓN PRIVADA DE LA PLUSVALÍA.

Una *primera posición* (advertida por Marx en el proceso laboral) que busca justificar la apropiación privada de la plusvalía, sostiene lo siguiente:

> *¿Acaso el obrero [léase trabajador] habría de crear en el aire, con sus propios brazos y piernas, productos del trabajo, producir mercancías? ¿No fue el capitalista quien le dio el material sólo con el cual y en el cual el obrero puede corporizar su trabajo? Y como la mayor parte de la parte de la sociedad se compone de esos pobres diablos, ¿No le ha prestado a la misma un inmenso servicio, con sus medios de producción, su algodón y su huso, e incluso al propio obrero, a quien por añadidura provee de medios de subsistencia? ¿Y no habría de cargar en la cuenta dicho servicio? Pero el obrero, ¿no le ha devuelto el servicio al transformar el algodón y el huso en hilado?*[12]

En ese sentido, si el capitalista justifica dicha apropiación a partir de que la entrega medios de producción al trabajador, sólo estaría explicando su participación en el proceso laboral de manera unilateral, sin tomar en cuenta la participación del trabajador, quien interviene a través de la puesta en movimiento de su fuerza de trabajo en la jornada laboral, pero aun así, esto no permite extraer cómo es que dicha entrega de medios de producción que realiza el capitalista puede generar la plusvalía o ser fuente generadora de valores.

Dado que trata de confundir la fuente que genera mayores valores de uso (fuerza de trabajo) con la forma de su participación unilateral en el proceso laboral, los apologistas salen al encuentro, con una *segunda proposición*, para justificarse nuevamente pero esta vez con algo "novedoso", argumentando que los medios de producción transfieren valor, tanto igual o mayor como la fuerza de trabajo; sin embargo Marx sostenía en este aspecto lo siguiente:

Los medios de producción sólo transfieren valor a la figura nueva del producto en la medida en que durante el proceso laboral, *pierden* valor bajo la figura de sus antiguos valores de uso. El máximo de pérdida de valor que pueden experimentar en el proceso de trabajo está limitado, como es obvio, por la magnitud de valor originaria, por la magnitud de valor originaria, por la magnitud del valor con que entran en el proceso de trabajo, o sea por el tiempo de trabajo requerido para su propia producción. Por ende, **los medios de producción nunca pueden añadir al producto más valor que el que poseen independientemente del proceso laboral al que sirven**. Por útil

(12) MARX, Karl, *El Capital: El proceso de producción del capital*, T. I, Vol. 1, Siglo Veintiuno editores S.A, Argentina, 1975, p. 233.

que sea un material de trabajo, una máquina, un medio de producción, si costó £ 150, digamos £ 500 jornadas de trabajo, nunca añadirá más de £150 al producto total a cuya formación coadyuva. Su valor no está determinado por el proceso laboral al que ingresa como *medio de producción*, sino por el proceso laboral del cual surge *como producto* [esto implicaría analizar al medio de producción como mercancía, a la cual la fuerza de trabajo le ha añadido valor]. En el proceso de trabajo ese medio de producción sirve sólo como *valor de uso*, en cuanto *cosa con propiedades útiles*, y, por consiguiente, no transferiría al producto valor alguno si él mismo hubiera carecido de valor *antes de ingresar al proceso*.(Resaltado y Corchetes agregados) (13)

De esto resulta que la fuerza de trabajo es la única fuente creadora de valor, puesto que los medios de producción sólo aportarían al proceso de trabajo ni más ni menos, el valor que tienen, sin crear valor adicional que se incorpore al producto.

A pesar de ello, Marx, observa una *tercera proposición* sostenida por el capitalista, el cual se fundamenta en lo siguiente:

> *¿Acaso no ha trabajado él (capitalista) mismo? ¿No ha efectuado (el capitalista) el trabajo de vigilar, de dirigir al hilandero? ¿Este trabajo suyo no forma valor? Su propio overlooker [capataz] y su manager [gerente] se encogen de hombros. Pero entre tanto el capitalista, con su sonrisa jovial, ha vuelto a adoptar su vieja fisonomía. Con toda esa letanía no ha hecho más que tomarnos el pelo. Todo el asunto le importa un comino. Deja esos subterfugios enclenques y vacías patrañas, y otras creaciones por el estilo, a cargo de los profesores de economía política (y nosotros extendemos a los profesores de Derecho laboral, específicamente a los apologistas), a los que él mismo paga por ello. Él es un hombre práctico, que si bien, fuera del negocio no siempre considera a fondo lo que dice, sabe siempre lo que hace dentro de él. (Lo agregado en paréntesis son nuestros)*(14)

Entonces ¿No existe justificación real para demostrar que el capitalista retenga la plusvalía conforme al proceso laboral?, Así es, pero el sistema de trabajo asalariado lleva en su seno esta contradicción aparente, puesto que en el capitalismo, el trabajo asalariado implica ello: La extracción de plusvalía, por un lado, y la entrega del salario o remuneración, por el otro, en donde se le asigna al trabajador los recursos necesarios para su reproducción física e histórico- social. El contrato de la fuerza de trabajo resulta así, nada más que una fórmula jurídica que contribuye resolver esta contradicción en la medida que permite al capitalista fijar el salario nominal de la fuerza de trabajo y no establecer el salario real que contenga los valores creados posteriores a dicha fijación en el proceso laboral.

(13) Ibídem, pp. 248- 249.
(14) Ibídem, p. 234.

El trabajo asalariado o trabajo en el sistema capitalista contiene esta peculiaridad que representa la necesaria extracción de cuotas de plusvalía, como consecuencia de la valorización que resulta en el proceso laboral establecido, de ahí que la lucha desencadenada por las mejoras a través de los elementos diversos expresados en el derecho colectivo, se manifieste en la lucha por cuotas de plusvalía convertidas en conceptos salariales o sociales que modifican el patrimonio del trabajador.

La orientación de la lucha por la redistribución de dicha plusvalía puede alcanzar en determinadas etapas del movimiento sindical perspectivas economicistas o políticas, estas reflejan el momento histórico de cada etapa de la sociedad, la conciencia social de su situación (como clase social) y las condiciones materiales reales de existencia de los trabajadores, todo ello en comparación con la riqueza social existente y creada por ellos.

Ahora cabe analizar los planteamientos capitalistas y sus apologistas en torno al salario y qué representa para el trabajador dicha suma entregada, puesto que en ella reside su visión de dejar intacta el sistema de trabajo asalariado y llevar la discusión a la retribución o formas de retribución.

2. DEFENSA APOLOGISTA A TRAVÉS DE LAS TEORÍAS DEL SALARIO:

A continuación, haremos un resumen de las diversas teorías que plantean formas distributivas de la plusvalía:

N°	TEORÍAS	POSTULADO	JUSTIFICACIÓN	TEÓRICOS
1	De la oferta y la demanda	Los salarios tienen una relación inversamente proporcional a la demanda de la fuerza de trabajo y directamente a la oferta de trabajo. El nivel mínimo del salario debe atender a las necesidades del trabajador y su familia, el nivel máximo debe atender a no rebasar el valor del producto.	La competencia entre trabajadores para acceder al puesto de trabajo genera abaratamiento de su salario pues el capitalista puede elegir entre la diversidad de trabajadores, por el contrario, la competencia entre capitalistas incrementa el precio del salario, quienes se ven compelidos a seleccionar entre los pocos trabajadores para satisfacer la excesiva cantidad de puestos de trabajo requeridos.	Escuela liberal.

2	Del salario Natural	El salario del trabajador deberá a la larga ser el mínimo que permita su existencia a él y a su familia sin que pueda ser más de ello.	Un salario superior al mínimo existencial traerá como consecuencia su reproducción biológica, como clase social, lo que generará un abaratamiento del precio de su salario, El salario inferior al mínimo traerá como consecuencia la no reproducción biológica de la clase trabajadora y su perecimiento, pero hará subir el precio de su salario.	David Ricardo y Malthus.
3	Salario Justo	El salario(justo) comprende lo suficiente para las necesidades del trabajador y de su familia	El salario establecido por el capitalista se justifica por razones teológicas que se orientan a rechazar la explotación y enriquecimiento del capitalista sin dar al trabajador un salario suficiente e indispensable que le permita una vida decorosa para él y su familia. No solo se vincula a las condiciones económicas, sino que plantea principios morales que debe guiar la regulación del salario: la equidad y justicia. En ciertos momentos estos criterios entran en conflicto.	León XIII.
4	Del fondo de los salarios o wage-fund	El salario del trabajador será resultado de dividir el capital adelantado que como clase capitalista establece y la cantidad de trabajadores existentes.	El salario se vincula con la producción de rentabilidad capitalista en la medida de que el capital que se adelanta para el proceso económico, donde los trabajadores de un país determinado reciban una parte proporcional de dicho capital adelantado.	Stuart Mill
5	De la productividad del trabajo	El salario del trabajador será directamente proporcional a su productividad.	El salario se vincula a la productividad, identificando a la fuerza de trabajo como un medio de producción que se valoriza posteriormente al capital adelantado a través del contrato laboral (precio establecido), lo que permite tomar en cuenta el rendimiento del trabajador. Este rendimiento se asocia a la mayor rentabilidad del capital.	Francisco Walker
6	Salario Político	El salario del trabajador se establece conforme a la dinámica conflictiva de las políticas sostenida por el Estado, los partidos, los trabajadores, los capitalistas, entre otros elementos que posean fuerza política para ello.	El salario de determina por las luchas políticas establecidas en la sociedad tomando en cuenta la fase concreta del desarrollo de esta, los fines políticos abordan temas de reorganización de la crisis del Estado o de retener el avance del movimiento sindical en su cuestionamiento al sistema económico. No se determina por necesidades económicas.	Pérez Botija

7	Salario ínfimo	El salario se establece por debajo de las necesidades que el trabajador requiere para sobrevivir él y su familia.	El salario, al requerir un contrato, se requiere del consentimiento del trabajador sin evaluar las condiciones materiales que influyeron en su pacto, de esta forma si se declara su nulidad en cuanto al salario, sólo la cláusula referida al salario sería cuestionado por falta de consentimiento o voluntad de una de las partes.	Laboralistas civilistas
8	Ley de Bronce	El capitalista adquiere en el mercado la fuerza de trabajo, la cual le establece el precio por su uso: El mínimo indispensable para que permita vivir al trabajador y su familia.	El precio de la mercancía fuerza de trabajo, al igual que cualquier mercancía, se obtiene a través de su costo de producción, implicando dicho los gastos que implican su vida familiar y el de estar en condiciones físicas óptimas para continuar trabajando.	Lasalle.

Fuente: Cabanellas. Guillermo(15).

Elaboración: Propia

En lo general, todas estas teorías centran sus formulaciones en la lucha por la distribución de la plusvalía, lo que implica no sólo tomar los elementos provenientes de la economía sino las actuaciones políticas que las clases sociales pueden desenvolver.

En lo específico, las ***teorías del 1, 2 y 3***, equiparan la necesidad de establecer una coincidencia de las condiciones físicas del trabajador y la de su familia con el salario, de tal modo que garantice no sólo la reproducción física del trabajador sino también familiar; así, como clase social, al capital se le garantiza una reserva para continuar su sistema de trabajo asalariado.

A pesar de ello debemos advertir que el máximo histórico registrado que ha desembocado en el problema de la redistribución de la plusvalía fue la participación de utilidades, la cogestión de la propiedad o compra de acciones de una empresa determinada (v.g. Art. 56 de la Constitución Peruana de 1979), lo que representa que el salario no se ha limitado a ser distribuido para los gastos de alimentación del trabajador o su familia, sino que le da una participación en la plusvalía que genera para le empresa sin cambiar su situación de asalariado. Aquí entran en acción los factores de fuerza

(15) Realizamos una resumen de las principales teorías extraídas de: CABANELLAS, Guillermo, *Contrato de Trabajo (Parte General)*, v. II, Editores Libreros(Bibliografía Omeba), Buenos Aires, 1963, pp. 343-355. Sin embargo hemos omitido la *teoría de la plusvalía* de Marx, puesto que Cabanellas sostiene que Marx considera que "el valor del trabajo del asalariado debe ser igual al valor total del producto que hubiera hecho (p. 348)", esta imprecisión podría, a primera vista, hacer ver que Marx plantea la lucha por que la clase trabajadora se limite a tener mayor participación salarial o si es posible en una proporción total, lo que no condice con su planteamiento, ya que consideramos que el planteamiento no está en la equiparación mecánica de lo que le pertenece (salario igual que plusvalía), sino cómo en el capitalismo la clase trabajadora con sus conquistas y luchas no se limita a un movimiento economicista sino político, incluso de connotaciones internacionales.

política desenvuelta por el movimiento sindical para establecer mejor participación y la modificación sustantiva de su salario, demostrando que su accionar no se limita a lo planteado por la economía burguesa.

También resulta fundamental incidir en cómo la influencia ideológica del *rerum novarum* del Sumo Pontífice, León XIII, del el 15 de mayo de 1891, expuesta en la teoría núm. 3, responde a la exigencia social que el movimiento sindical impuso, como preocupación, en la consciencia religiosa, del tratamiento de la situación de la clase trabajadora; a pesar de sus ataques al socialismo científico, que se deduce de dicho documento. Su planteamiento moral sobre la idea de justicia en las relaciones individuales no explica la existencia de plusvalía, el proceso de valorización ni hace distinciones sobre el valor de la fuerza para entender el trabajo asalario sobre una base material.

A pesar de ello, esta teoría no tiene la intención de evaluar ello, sino que, partiendo de lo establecido, proyecta la necesidad de exigir (moralmente) una justa distribución de la plusvalía; lo que a todas luces, conforme al grado de desarrollo económico de la sociedad, ésta –y no su planteamiento– determinará si es "justo" el salario recibido.

Si bien es un planteamiento abstracto y moral con elementos teológicos, su planteamiento material puede establecerse sin recurrir a dichos elementos a través de las categorías de *justicia conmutativa y distributiva*, puesto que la primera representa la igualdad absoluta entre una prestación y una contraprestación, en nuestro caso la mercancía fuerza de trabajo y su precio; el segundo preconiza la igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas, por ejemplo, el trato conforme a la distinción entre capitalista y trabajadores y no de una igualdad formal como en el Derecho Civil[16].

Sin embargo, estas categorías de justicia, al ser explicadas conforme a las condiciones materiales y sus contradicciones en el sistema económico vigente, objetivamente, no logran dar una explicación satisfactoria de lo que se proponen, pues en última instancia deben subordinarse a los intereses que se imponen en la lucha de clases de un determinado sector dominante, veamos el planteamiento del profesor Jorge Rendón Vásquez, el cual coincidimos:

> *"(...) la idea de justicia en las conmutaciones o intercambios de bienes para lo que fue elaborada en la Grecia y la Roma antiguas se torna irrealizable en una economía total de mercado, pues no hay forma de establecer una equivalencia " justa" entre los bienes que se compran y venden, y el precio que se paga por ellos, al subir o bajar éste según la menor o mayor oferta de aquéllos, bienes entre los que se encuentra la propia fuerza de trabajo. La menor oferta de bienes conduce a expoliar a los consumidores y, a la inversa, la mayor oferta al hacer bajar el precio puede conducir a la ruina a los productores. Y esta es la situación normal de la economía basadas en el intercambio, y más específicamente de la economía capitalista, una de*

(16) Cfr. RADBRUCH, Gustav, Introducción a la Filosofía del Derecho, cuarta edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 31-35.

cuyas bases es la libertad de comprar y vender, asegurada jurídicamente por la libertad de contratación que, debe suponerse, se halla inspirada en la justicia [burguesa]. Por supuesto, el concepto de justicia fracasa absolutamente ante la inequiparidad sustancial del precio de la fuerza de trabajo y la remuneración con el producto por ella creado.

[Y]La idea de justicia distributiva es, por su lado, también sólo la aplicación de la ley, cuyo marco es el sistema económico dentro del cual ella se da, sin que haya existido ni exista en las sociedades esclavista, feudal y capitalista la tendencia en quienes ocupan una posición económicamente dominante a variar su status a favor de los otros grupos. En efecto, el gasto público sigue siendo solventado con una parte del producto creado por los trabajadores, los servicios públicos continúan divididos en servicios necesarios para toda la colectividad y en servicios necesarios para la seguridad del sistema económico, y finalmente, las políticas denominadas de redistribución del ingreso económico, ensayadas en algunos países capitalistas, no han reducido el poder económico de los propietarios de los medios de producción, y particularmente el de los más fuertes, ni han significado una disminución del monto del excedentes con el cual éstos se quedan, como está demostrado estadísticamente". (Cursiva y corchetes agregados)[17]

La *teoría 4 y 5*, nos plantean dos elementos, que no son factores que explican la valorización de la fuerza de trabajo ni el proceso de formación de plusvalía, esto son: el capital adelantado en la circulación y la productividad. En la teoría 4, se advierten complicaciones en su fórmula puesto que se entraría a dividir a trabajadores que no necesariamente laboran y el valor del trabajo disminuiría, siguiendo la lógica capitalista, debiera ser solo a los ocupados, incluso el problema se extendería a las formas no asalariadas de intercambio, lo que dejaría de lado cierta cantidad de capital que circula; de tal modo que, esta fórmula se torna en imprecisa y mecánica, no haciendo intervenir otros factores sociales como la disminución del valor real o nominal de los salarios por causa del trabajo migrante en búsqueda de trabajo, de tal forma que el capitalista puede incluso bajo esta fórmula establecer un salario mucho más bajo al establecido legalmente, sin necesidad de utilizar dicha fórmula planteada.

En la teoría 5 observamos la relación productividad-salario, se entiende que esta productividad es funcional a la producción de mayores de cuotas de plusvalía, que condiciona la forma de llevar a cabo el proceso laboral y determina la proporción del salario del trabajador, esto empuja en el plano individual, a competir contra los otros trabajadores bajo estímulos económicos llegando a aceptar incluso formas precarias de trabajo con tal de continuar con la política de productividad de la empresa capitalista,

(17) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *El derecho como norma y relación social*, Editorial Tarpuy, Lima-Perú, 1984, pp. 229-230.

teniendo un rol central la intensificación del trabajo la cual puede traer modificaciones sustantivas en la forma de vida del trabajador y su salud.

El planteamiento más específico de vincular la productividad y el trabajo ha sido realizado por Federico Winslow Taylor, también denominada *Taylorismo*, el cual se basa:

> *a) El desarrollo de una ciencia de cada elemento del trabajo humano, que substituye el antiguo método empírico, b)La selección científica de los obreros y su instrucción sistemática con estímulo progresivo, en lugar de que los obreros elijan su propia tarea y se ingenien como mejor podían, c) La íntima cooperación con los obreros, para asegurar que todo el trabajo se realice obedeciendo al principio de la ciencia indicada, d) El reparto proporcionado del trabajo y de la responsabilidad entre la dirección y los ejecutores.*[18]

Un segundo exponente fue Enrique Fayol o la corriente denominada *Fayolismo*, quien plantea la racionalización administrativa de la fuerza de trabajo de la siguiente manera:

> *Se basaba en la superación de resultados laborales y la eficacia general del sistema sobre la división del trabajo, la autoridad y la responsabilidad de los jefes, sobre la disciplina, la convergencia de los esfuerzos, la estabilidad de los agentes y la retribución de acuerdo con la capacidad individual. Se fundamenta en que en toda clase de empresas, la capacidad esencial de los agentes inferiores es la capacidad profesional característica de la empresa y la capacidad esencial de los jefes superiores, la capacidad administrativa. Es así que su planteamiento se apoya en la firmeza y buen ejemplo de los jefes, los convenios laborales equitativos y en una atenta vigilancia.*[19]

Un tercer exponente es Henry Ford o la corriente reconocida como *Fordismo*, un fabricante estadounidense de automóviles, cuyo planteamiento:

> *Consiste en un método industrial de trabajo en serie, especializado al máximo y de aprovechamiento integral de la mano de obra, a cambio de una retribución no regateada, que llegó a concretizarse en la popularización de la fórmula de que el obrero que fabricara automóviles debía ganar lo bastante como para poderlos comprar.*
>
> *Este sistema requiere un severo enfoque ético laboral, exigiendo al obrero que este se enfoque totalmente e la realización del trabajo a tal punto que deberá cumplir al pie de la letra su obligación y percibir una recompensa.*[20]

(18) CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VI, doceava edición (revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá- Zamora y Castillo), Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, 1979, p. 348.

(19) CABANELLAS, Guillermo, Óp. Cit., Tomo III, 1979, p. 344.

(20) CABANELLAS, Guillermo, Óp. Cit., Tomo VI, 1979, p. 491.

En el ámbito de la adecuación del trabajador a los objetivos de la empresa capitalista, esta teoría reformula, conforme a la incorporación de medios de producción desarrollados, la forma de disponer al trabajador en el proceso laboral, de tal forma que este, equiparado en la práctica a un medio de producción, se transforma en un operador mecánico de dicha actividad, la tendencia en este caso ha sido la conformación de trabajadores aristócratas, sin consciencia de clase o alienados.

Desde luego que la exigencia y control de la empresa capitalista al trabajador y el llamamiento a competir entre ellos, no sólo aliena al trabajador y lo cosifica, sino que exige un mayor compromiso del trabajador, ya no sólo en crear el valor de su fuerza de trabajo ni la plusvalía por la jornada de trabajo determinada en el contrato laboral, sino ponerse a disposición en jornadas intensas y una disciplina global que garantice cualquier objetivo económico determinado por la empresa capitalista.

A pesar de estos tres planteamientos, un cuarto planteamiento en las condiciones actuales entra en la escena, se trata del *Toyotismo*, que plantea lo siguiente: a) la fábrica mínima, donde se concentraría el personal que ejecuta las actividades principales de la empresa, no teniendo alcance a las empresas tercerizadas, lo que implica que las actividades que estas empresas contratadas realizan, no podrán contemplarse dentro del conjunto de trabajadores que le son alcanzados los efectos de ser un trabajador toyotista. No solo se aplicaría para los efectos de la maximización productiva toyotista, sino, también para los efectos en cuanto a beneficios y derechos sociales que puedan tener, lo que en ambos casos no le alcanzaría a los trabajadores tercerizados, b) Formación del operario polivalente, quien conoce todas las funciones del proceso productivo, así también el operario polivalente jefe, quien además de dicho conocimiento, los guía, capacita, controla y coordina con la célula para el logro de los objetivos empresariales. Para ser jefe, no sólo se requiere antigüedad o experiencia, sino otros requisitos de productividad y calidad (v.g. antigüedad en la posición, habilidades, seguridad, concepto general, círculos *kaizen*, sistema de sugerencias, capacitación), c) La jornada laboral anual puede flexibilizarse durante un tiempo imprevisible por necesidad del mercado. d) Conquista de la subjetividad orientando la voluntad del trabajador hacia la continua productividad y calidad de los productos, e) el *Kaizen*, que es un espacio en el que se busca la mejor forma de hacer las cosas, eliminando los costos de producción innecesaria, dicho planteamiento le corresponde realizar al trabajador encontrando límites en la definición de los objetivos por parte de la dirección de la empresa. Los encargados de la gestión estratégica de la empresa diseñan los objetivos de calidad y productividad, las células de trabajo no lo realizan) las remuneraciones pueden elevarse en un porcentaje conforme a la productividad y calidad en relación al cumplimiento de la totalidad de los objetivos de la empresa, f) los sindicatos como coadyuvantes a los objetivos de la empresa, teniendo la posibilidad de negociar por nivel de empresa y aceptar las particularidades del sistema toyotista, constituyéndose como centros formativos reproductores

de los valores emanados como consecuencia de la satisfacción al cliente y la adaptación a la producción por demanda[21].

El papel del trabajador, en su sentido colectivo se ve afectado, ya que el sindicato consolida la política empresarial para la mejora de la productividad capitalista, los sindicatos elegidos para realizar convenios colectivos con cláusulas toyotista serán las que se anexen a la propuesta de la empresa, que incluye además la compra de la fuerza de trabajo juvenil e inexperta, y así, garantizar su adhesión al programa. De esta forma el sindicato asume funciones dadas para continuar una propuesta funcional a la rentabilidad del capital, dicha intromisión no sólo genera contradicciones en el proceso, sino que la clase capitalista, con esta intromisión en la dinámica sindical se apunta a fomentar sindicatos apolíticos o economicistas, como subempresa tercerizadoras de fuerza de trabajo precario y alienado al servicio del capital.

En última instancia ni su participación activa ni la forma en que se ubica el uso de su fuerza de trabajo varían la situación que como trabajador asalariado tiene, se mantiene este trabajo pero se intensifica, teniendo como parámetro las políticas empresarial a la que se subordina el trabajador. Lo único que afirma este proceso de productividad es que la planificación de la fuerza de trabajo puede dar increíbles cantidad de plusvalía, pero que en el capitalismo, al dejar intacta dicho sistema de trabajo asalario, la apropiación y su uso redunda en escala privada y no social.

En la ***Teoría 6***, se nos plantea la intervención de la acción política, que se expresa a través de diversas organizaciones como los sindicatos, el Estado, la clase burguesa y sus asociaciones, entre otros. Debemos destacar que la acción de la clase trabajadora encuentra etapas de desarrollo y ámbitos de aplicación, puesto que en el desarrollo de sus reivindicaciones pueden plantearse sólo aspectos de la necesidad de obtener un salario que le permita unas condiciones de desarrollo integral y posteriormente a cuestionar su participación en la riqueza global y cómo se observa su situación de clase (salario relativo), estos postulados lo reivindica contra el Estado o contra el Capital.

Este planteamiento puede estar en concordancia con una base salarial "racional" y "justificada" (desde el punto de vista de los ideólogos de la burguesía) que si no es aceptada por el movimiento sindical y dado las circunstancias concretas, el Estado interviene para promover y desarrollar condiciones para que el capital se desarrolle y reproduzca. Esta lucha política encierra así una lucha por el reparto de la plusvalía, donde reside la base racional para establecer los salarios adecuadamente y no los informes técnico-ideológicos que justificarían un mayor empobrecimiento de la clase trabajadora eliminándole sus derechos laborales conquistados.

(21) Vid: ÁLVAREZ NEWMAN, Diego, El toyotismo como sistema de flexibilización de la fuerza de trabajo. una mirada desde la construcción de productividad en los sujetos trabajadores de la fábrica japonesa (1994-2005), en *Revista de Estudios Transfronterizos*, Volumen XII, N° 2, julio - diciembre 2012, pp. 181-201.

En la ***Teoría 7***, esta tendencia, que incumbe a las instituciones del derecho laboral promovida por la facción apologista conservadora, de regresión de los derechos adquiridos y la inserción en el código civil del derecho del trabajo es una constante en la sociedad capitalista, puesto que las reivindicaciones democráticas son sólo defendidas por los trabajadores y sus teóricos. De esto resulta fundamental que la autonomía del derecho laboral es un proceso histórico definido con criterios que se orientan a la protección del trabajador de forma íntegra, progresiva, adecuada y más beneficiosa.

De ahí que en los casos de contratación simulada donde los capitalistas impongas condiciones salariales ínfimas, no sólo se debe limitar la lucha a modificar el salario con una nueva tasación por el operador jurídico (nulidad de la cláusula que la establece), pues consideramos que el cuestionamiento de la naturaleza del contrato a través del salario no puede dejarse de lado, puesto que no sólo se pone en juego una tasación no pagada por el capitalista, sino que el proyecto de vida familiar y social del trabajador sucumbe por la aceptación de una relación laboral precaria. Esta actitud capitalista demuestra la posibilidad de establecer menores costos a la fuerza de trabajo incluso por debajo del mínimo legal.

Finalmente en la ***Teoría 8***, nos plantea el problema de la equiparación mecánica del valor de la fuerza de trabajo y las necesidades físicas necesarias la cual recae en diversos errores, a saber:

a) No admite otros factores que pueden dar mayor movilidad en el establecimiento del valor de la fuerza de trabajo: La lucha de clases, el contexto histórico, interacción de clases, etc.}

   Con ello no se quiere decir que no es definible el valor de la fuerza de trabajo, sino que su incidencia puede verse afectada por múltiples factores, los cuales determinan el valor de la fuerza de trabajo entre las condiciones de reproducción social y la tasa de plusvalía que los capitalistas se adjudican, en términos general en torno a la lucha que se de en ella, se determinará el valor de la fuerza de trabajo, aunque puede variar conforme a las características propias del país, la intervención del Estado, etc., factores que en un momento determinado resultan accesorios pero pueden ser principales, así, es necesario analizar dialécticamente estas categorías.

b) Centra su formulación en el salario real, omite el parámetro fundamental del salario relativo y sus implicancias para el análisis.

   Esto resulta fundamental porque la reivindicación nacida de sólo pedir que el salario atienda a reproducir la situación física necesaria del trabajador puede recaer sobre una base meramente economicista, puesto que se busca reestablecer un desequilibrio entre el salario y los gastos personales de existencia, sin embargo, al introducir la categorías del salario relativo, adopta otra perspectiva, puesto que incide sobre el cuestionamiento de la forma del reparto del producto(¿Por qué así y no de otra manera?) y cómo ve el trabajador en el producto total, la proporción que le corresponde.

c) Elimina del análisis, la intervención del ejército de reserva industrial y cómo su dinámica puede incidir sobre el aumento o baja de los salarios (trabajadores con

contratos indeterminados vs trabajadores contratados a plazo fijo, en todos los estratos sociales), el capital cuenta con ellos como una reserva para poner a disposición ante el desarrollo y expansión de las relaciones capitalistas en la sociedad. En cuanto a su dinámica, la lucha intertrabajadores puede incidir entre ellos al abaratamiento del costo de su fuerza de trabajo, el capital aprovecha la competencia entre ellos.

De todo lo expuesto en este capítulo, se ha dado implícitamente una respuesta al problema del salario para establecer su perspectiva conforme a la dinámica laboral y sindical en función de la propuesta de los críticos, ahora analizaremos dicha posición.

V. POSICIÓN DE LOS CRÍTICOS EN TORNO AL SALARIO:

1. SÍNTESIS DEL PROBLEMA:

Entonces ¿Qué entendemos por aquella justicia que hablan los apologistas y capitalistas en relación a la remuneración?:

> *"Según lo que se suele llamar justicia, el salario del obrero debiera consistir en el producto de su trabajo. Pero esto no sería justo con arreglo a le Economía Política [burguesa se entiende]. El producto del trabajo del obrero va a parar, por el contrario, a manos del capitalista, y el obrero sólo percibe lo correspondiente a sus medios de sustento. Por donde el resultado final de este pugilato de la competencia tan extraordinariamente "justo" consiste en que el producto del trabajo de quienes laboran se acumule inevitablemente en manos de quienes no trabajan, convirtiéndose en ellas en el medio más poderoso para esclavizar precisamente a quienes lo han creado con su trabajo"*[22]

En ese sentido ¿Cuál es la remuneración justa que debería recibir el trabajador? Acabamos de observar que sólo se reconoce su valor para a fin de reproducirla como trabajador y clase social, pero ¿qué representa la plusvalía? Este ha sido el punto de luchas intestinas que han sido o son establecidos en los pliegos de reclamos en las luchas colectivas de trabajo, porque ¿de dónde sacaría el capitalista dinero para aumentar el salario a los trabajadores si no es de la plusvalía?, ya ni hablar del pago que se hace a la aseguradora social o previsional, la cual proviene de esta. Pero el capitalista seguirá diciendo que él invierte para ganar, y es el trabajo asalariado una forma de obtener ganancia legal que el capitalista tiene a la mano para obtener mayores réditos.

Entonces ¿Es justo que se le asigne sólo parte o porcentaje de su plusvalía? La justicia no se evalúa en términos de cuanto le corresponde porque ni la justicia distributiva ni conmutativa han solucionado la situación de explotación de la clase trabajadora ni las crisis económicas que han repercutido en su situación. De esto se deriva que la pregunta

(22) MARX, Carlos y ENGELS, Federico, *Escritos Económicos Varios*, Editorial Grijalbo S.A., México, 1966, p. 289.

está mal planteada, debería cuestionar sobre ¿qué hace que en determinada fase de la historia de la humanidad (capitalismo) exista una pugna por la plusvalía? ¿Sigue siendo necesario este sistema de trabajo asalariado que garantiza dicha pugna?

A pesar de ello, el capitalista persiste en su interés de quedarse con toda la plusvalía que crea el trabajador pero cuando este, colectivamente, lo amenaza con una huelga o una inminente revolución social, las clases dominantes establecen un salario real "digno" pero a condición de que se respete su propiedad sobre los medios de producción.

Entonces, la remuneración por el trabajo realizado no representa un salario justo(no justo para el trabajador pero justo para el capitalista), sino (realmente es) un pago por el valor que permitirá al trabajador reproducir su forma de vida, a nivel familiar, comercial e histórico, como clase social, al menos cómodamente siempre que no haya competencia entre trabajadores que abaraten el valor de su fuerza de trabajo, sin embargo, el capitalismo no puede permitir, ya sea por la fuerza o la ideología apologista [v.g. pactos sociales como constituyentes, entre otros], que toda la plusvalía le sea arrancada, de esta forma la lucha de clases está presente en el devenir histórico de la sociedad como eje central de la lucha por el salario.

2. PERSPECTIVA DE LA LUCHA POR EL SALARIO:

Debemos distinguir algunas categorías fundamentales establecidas en el salario para entender el planteamiento, puesto que, como lo establece Marx, 1) *el salario nominal*, es la suma de dinero a cambio del cual el trabajador vende su fuerza de trabajo, 2) *el salario real*, es la suma de mercancías que se puede adquirir a cambio del dinero obtenido por la venta de la fuerza de trabajo y 3) *el salario relativo*, es determinado por su relación con la ganancia o beneficio del capitalista. El salario real expresa el precio del trabajo en relación con el precio de las restantes mercancías, el salario relativo expresa la participación del trabajo en nuevo valor creado por él, en relación con la participación que en él cabe al trabajo acumulado al capital.[23]

Así, llegado a una determinada fase del desarrollo de la sociedad (v.g. prosperidad o crisis), tanto el salario real o nominal no representa una diferencia sustantiva en la vida del trabajador, quien no ve mejoras como clase social de su situación en relación de su participación en la riqueza de la sociedad, muy por el contrario, observa la liquidación social y empeoramiento de sus condiciones materiales de existencia. Si bien es cierto, estos salarios sirvieron de elementos que contribuyeron a dar un nivel de vida más adecuado en épocas de prosperidad económica, estas se ven contrariado en épocas de crisis o en sus inicios, pues la inflación suele ser una medida para equiparar el salario real con la plusvalía que los capitalistas obtienen en perjuicio de los trabajadores, puesto que no pueden adquirir mayores bienes por el elevado precio de estos, a pesar de que sus salario aumenten.

(23) Citado por ROSDOLSKY, R.: *Génesis y estructura de El capital de Marx. Estudios sobre los Grundisse*, Editorial Siglo XXI, México, 1978, p. 329.

Las conquistas sindicales pueden otorgar cantidades dinerarias que determinen una vida más adecuada al trabajador, estas pueden servir para dar un impulso o retroceso de su lucha, sin embargo, aquí muchas veces determina los factores ideológicos. Es por ello que, en una determinada etapa de la sociedad, la lucha contra la caída del salario relativo, en perjuicio de los trabajadores, no se orienta a una lucha por la participación en la plusvalía ni sus diversos mecanismos de distribución burguesa, sino, se cuestiona la producción capitalista misma en su conjunto[24], o lo que para nosotros sería el cuestionamiento al sistema de trabajo asalariado mismo.

De esta forma, la clase trabajadora erige su óptica de salario teniendo en cuenta de que al existir una contradicción entre la plusvalía generada por la clase trabajo en la sociedad y su forma de apropiación (privada) por los capitalistas, existe un requerimiento social y por tanto una necesidad de que estas relaciones sociales de explotación sean sustituidas por un conjunto de relaciones sociales en donde se armonice la producción social de la plusvalía y su forma de apropiación.

VI. CONCLUSIONES

La función crítica del Derecho del Trabajo, con su método de abordar la problemática de las relaciones individuales y colectivas del trabajo, nos permite develar las contradicciones del capital en su real dimensión y anotar una perspectiva acertada de implicancias no sólo jurídicas sino económicas y políticas.

De esta forma, el problema del salario no es un problema netamente reproductivo de la vida social del trabajo ni de su familia, sino que sobre este inciden otros factores como el político y económico, los cuales de conformidad a la fase de desarrollo en que se encuentre una sociedad determinada (prosperidad o crisis) y la consciencia social de la clase trabajadora, se determinará la lucha salarial como un tema economicista o político.

Es por ello que en el salario, en la posición de los ideólogos de las clases dominantes, sirven para dar soporte material y reproductivo de la forma en que vive el trabajador asalariado, buscando limitar las contradicciones a la lucha por mayores cuotas de plusvalía.

Por otro lado, la concepción del salario defendido por los críticos sostiene, fundamentalmente, que el enfoque adecuado para resolver las contradicciones en torno al salario, deberá orientarse a buscar la solución en la armonización del carácter de la producción de la plusvalía con el de su apropiación e incluso en su distribución, dotándole así, el carácter social necesario para el beneficio de la sociedad en general.

(24) LUXEMBURGO, Rosa, *Introducción a la Economía Política*, Ediciones Pasado y Presente, Córdoba, Argentina, 1972, pp. 223 - 228.

VII. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS

ÁLVAREZ NEWMAN, Diego, El toyotismo como sistema de flexibilización de la fuerza de trabajo. una mirada desde la construcción de productividad en los sujetos trabajadores de la fábrica japonesa (1994-2005). En *Revista de Estudios Transfronterizos*, Volumen XII, N° 2, julio - diciembre 2012, pp. 181-201.

CABANELLAS, Guillermo, *Contrato de Trabajo (Parte General)*, v. II, Editores Libreros(Bibliografía Omeba), Buenos Aires, 1963.

CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual* (revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá-Zamora y Castillo), 6 tomos, doceava edición, Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, 1979.

CORREAS VÁZQUEZ, Florencio, La Sociología del Derecho Laboral. En *Revista Crítica* N° 17, agosto-2000. Disponible en: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/3176/2976.

GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *Derecho del Trabajo (Relaciones Individuales del trabajo),* segunda edición, Editorial San Marcos, Lima, 2009.

LUXEMBURGO, Rosa, *Introducción a la Economía Política*, Ediciones Pasado y Presente, Córdoba, Argentina, 1972.

MARX, Carlos y ENGELS Federico, *Escritos Económicos Varios*, Editorial Grijalbo S.A. México, 1966.

MARX, Karl, *El Capital: El proceso de producción del capital*, T. I, Vol. 1, Siglo Veintiuno editores S.A, Argentina, 1975.

MARX, Karl, *Salario, precio y ganancia*, ediciones voz popular, Perú, 2013.

MOLINA RAMOS, Gustavo, Las Características y los principios del Derecho Mexicano del Trabajo (Contradiscurso), En *Crítica jurídica: revista latinoamericana de política, filosofía y derecho*, Centro de Investigaciones y Docencia en Ciencias Políticas de la Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla, 1987. Disponible: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/2945/2747.

RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cuarta edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

ROSDOLSKY, R., *Génesis y estructura de El capital de Marx. Estudios sobre los Grundisse*, Editorial Siglo XXI, México, 1978, p. 319- 348.

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *El derecho como norma y relación social*, Editorial Tarpuy, Lima-Perú, 1984.

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho del trabajo (Relaciones individuales en la actividad privada*), segunda edición, editorial Tarpuy S.A., 1991.

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo- Teoría general I*, Editora jurídica Grijley, 2007.

SEGAL, Luis, *Principios de Economía Política*, Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo-Uruguay, 1945.

EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE TRABAJO: DE LAS TESIS CIVILISTAS HACIA UNA TEORÍA CRÍTICO-JURÍDICA

Max Henry Chauca Salas[1]
(Perú)

Sumario: I. Introducción. II.- La Corriente Crítica y El Derecho Laboral III.- La Naturaleza del Contrato de Trabajo IV. Crítica del Contrato de Trabajo. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio aborda el tema de la naturaleza del contrato de trabajo desde la corriente de la crítica jurídica, estudio que revisará, asimismo, las teorías civilistas que configuran el contrato de trabajo dentro de las tipologías clásicas, esto es, como un contrato de arrendamiento, de compraventa, de mandato y de sociedad; asimismo la teoría autonomista o *sui géneris*, que junto con la teoría relacionista o anti-contractual configuran los planteamientos preponderantes en la actualidad; finalmente se expone la teoría crítica del contrato de trabajo, desarrollado principalmente por el jurista Oscar Correas, tesis que afirma la naturaleza mercantil de la fuerza de trabajo, la misma que verifica la naturaleza del contrato de trabajo como un contrato compraventa de fuerza de trabajo en la sociedad. La teoría crítica de Correas pretende explicar que el derecho moderno contiene una "lógica", una estructura

(1) Bachiller en Derecho por la UNMSM. Estudios de Maestría en Derecho con mención en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, UNMSM. Miembro del Taller de Investigación de la UNMSM "José Matías Manzanilla".

que es la forma expresada en normas de las exigencias del desarrollo capitalista, como se podrá observar, gran parte de las teorías del contrato de trabajo han pretendido ocular su verdadera naturaleza, que no es sino el tratamiento mercantil de la fuerza de trabajo, la misma que correspondería a la concepción del derecho del trabajo según la crítica jurídica, como una expresión del desarrollo de las relaciones económicas y una correlación de fuerzas sociales por conseguir mejores derechos.

II. LA CORRIENTE CRÍTICA Y EL DERECHO LABORAL

2.1. LA TEORÍA CRÍTICA

En términos generales es entendida la teoría crítica como aquella corriente filosófica cuyo planteamiento permite a los sujetos una "toma de conciencia histórica" y una concepción del mundo racionalizada, antidogmática, participativa y transformadora.(2) Quienes han desarrollado mejor la teoría crítica durante su evolución, son los representantes de la Escuela de Fráncfort: Max Horkheimer, Theodor Adorno, Herbert Marcuse, Jürgen Habermas, entre otros destacados investigadores; quienes buscaron distanciarse del marxismo ortodoxo, aunque compartieron metodológicamente el ideario utópico, dialéctico, crítico, revolucionario y emancipador(3). La teoría crítica de la Escuela de Fráncfort resalta el análisis teórico de la sociedad y señala que éste no puede estar limitado a una simple verificación positivista y pasiva del mundo, puesto que todo estudio teórico, según esta corriente, es una actividad del pensamiento que inspira un ideal propio, que no se encuentra en los hechos simples, toda vez que la sociedad real deviene en irracional, en donde ni la justicia, ni la libertad, ni la transparencia gobiernan(4). Esta teoría crítica se opone a la tradicional teoría de la sociedad por hacer hincapié en la revisión crítica de los hechos y por el estudio de la sociedad en su totalidad. De este modo, Horkheimer caracteriza la teoría tradicional, como una alienación que se plasma en la separación entre los hechos y el carácter valorativo del investigador, relegando éste último fuera de la ciencia. "Esta alienación, que en terminología filosófica se expresa como la separación entre valor e investigación, saber y actuar, y otras oposiciones, protege al científico de las contradicciones señaladas y dota a su trabajo de un marco fijo"(5).

Frente a la vieja teoría de la sociedad, los teóricos de la Escuela de Fráncfort, desarrollaron una nueva investigación, que no se conforma con la sola contemplación del mundo irracional, sino que consiste –según sus propios integrantes– en evaluar críticamente la sociedad en función de ciertos valores, que pertenecen a la razón universal y

(2) Wolkmer, Antonio Carlos. *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá: ILSA, 2003, p. 22
(3) *Ibíd.,* p. 22
(4) Hottois, Gilbert. *Historia de la filosofía del renacimiento a la posmodernidad*. Madrid: Cátedra, 1999, p. 409.
(5) Horkheimer, Max. *Teoría tradicional y teoría crítica*. Barcelona: Paidós I.C.E./U.A.B., 2002, p. 43.

libre.[6] El investigador debe, en última instancia, ser capaz de interactuar la información recogida de los procesos sociales con la conciencia de sus finalidades: "…el pensamiento crítico está motivado hoy en día por el intento de trascender realmente esta tensión, de superar la oposición entre la conciencia de los fines, la espontaneidad y racionalidad de las que el individuo se hace cargo y las relaciones del proceso de trabajo que son el sustrato de la sociedad"[7]. De tal modo que, para los teórico-críticos, el estudio de la sociedad debe estar unida y guiada a la necesidad de un cambio social. La teoría crítica, según Marcuse, tiene por objeto "la preocupación por la felicidad del hombre y el convencimiento de que esta felicidad es sólo alcanzable mediante una modificación de las relaciones materiales de la existencia"[8], rechazando asimismo la crítica desde el punto de vista idealista, toda vez que ésta concilia las oposiciones en el mundo ideal, en el plano de la razón, y no en la realidad misma; en cambio, la crítica materialista cumple su verdadero rol al surgir de la experiencia fáctica: "La protesta materialista y la crítica materialista surgieron en la lucha de los grupos oprimidos por mejores condiciones de vida y siguieron siempre vinculadas al desarrollo fáctico de esta lucha"[9]. Se trata de una propuesta que no parte de abstracciones, sino de una experiencia histórica concreta, de la práctica cotidiana insurgente, de los conflictos e interacciones sociales, y de las necesidades humanas esenciales.

Resumiendo, la teoría crítica, como producto de los estudios de la Escuela de Fráncfort, pretende ser una investigación de la sociedad considerada en su totalidad, una "comprensión totalizante y dialéctica de la sociedad humana en su conjunto, y para ser más exactos, de los mecanicismos de la sociedad industrial avanzada"[10], cuyo fin es estimular una transformación racional que tenga en cuenta al hombre, en el plano de su libertad, de su creatividad, en colaboración armoniosa con los demás, en vez de que exista y prolifere un sistema de carácter dictatorial.

2.2.LA CRÍTICA JURÍDICA

La teoría crítica del derecho, indica Wolkmer, se va a desarrollar a partir de la década de los sesenta en Europa, por medio de las corrientes devenidas del "economicismo jurídico soviético (Stucka, Pashukanis), de la relectura gramsciana de la teoría marxista hecha por el grupo de Althusser, de la teoría frankfurtiana y de las tesis arqueológicas de Foucault sobre el poder"[11]. La crítica del derecho surge como reacción frente a los dos grandes modelos predominantes en el campo jurídico moderno –incluyendo sus diversas variantes–, los cuales son: el iuspositivismo y el iusnaturalismo. El positivismo jurídico es rechazado por la corriente crítica por agotar su objeto de estudio en el

(6) Hottois, Gilbert. *Ob. cit.*
(7) Horkheimer, Max. *Ob. cit*., p. 43.
(8) Marcuse, Herbert. *Cultura y sociedad*. Buenos Aires: Editorial Sur, 1967, p. 79.
(9) *Ibíd.,* p. 84.
(10) Reale, Giovanni; Antiseri, Darío. *Historia del pensamiento filosófico y científico*, Tomo III, Barcelona: Editorial Herder, 1988, p. 738.
(11) Wolkmer, Antonio. *Ob. cit.,* p. 31.

problema de la *validez*, sin llegar nunca a la cuestión de la *eficacia* del derecho. Por otro lado, encontramos el pensamiento iusnaturalista a través de su discurso ético, de aproximación a la idea de justicia, identifica lo justo con una serie de principios jurídicos derivados de la naturaleza, cognoscibles por el hombre y que son la base de la normatividad positiva. De este modo, para los iusnaturalistas existiría un supuesto metafísico en la naturaleza humana que serviría de base para los "derechos naturales", y el hombre, por el sólo hecho de serlo, le pertenecerían inalienablemente ciertos "derechos", que son anteriores al estado y que le deben ser "reconocidos", sin embargo, señala Oscar Correas que la enumeración de tales derechos "dependerá un tanto de los gustos del jurista que se toma el trabajo de enunciarlos"[12]; señala además que, a pesar de la separación epistemológica, ambas corrientes se unen para legitimar un discurso jurídico específico, ya que, por una parte, encontramos los recursos discursivos de los iusnaturalistas que nunca pueden ser refutados, toda vez que no se ajustan a ningún criterio práctico de comprobación; y por otro lado, encontramos los recursos de los positivistas que ofrecen las herramientas capaces de confirmar el modelo de seguridad jurídica más acorde para expiar los "excesos de metafísica" del iusnaturalismo[13].

Surge así, durante la década del sesenta, la corriente crítica del derecho, y llegó a su apogeo principalmente en Francia a través de la escuela *Critique du Droit*, conformada por un grupo de juristas cuyo propósito era desmontar los supuestos políticos y epistemológicos de las teorías tradicionales, en base a categorías materialistas, con el fin penetrar en la comprensión profunda de la naturaleza y del rol del derecho. De este modo, el derecho y las instituciones jurídicas no surgen de ideales universales intercedidos por el Estado, sino de las condiciones materiales de la sociedad en su proceso histórico.

Posteriormente la corriente crítica se asienta en Italia, desarrollándose una nueva integrada por un grupo de jueces y juristas de línea antipositivista, reunidos bajo el nombre de *Uso Alternativo del Derecho*. Asimismo, la corriente crítica se extenderá a otras regiones de Europa (España, Bélgica, Alemania, Inglaterra y Portugal), así como en Latinoamérica en los años ochenta del siglo pasado; principalmente en Argentina (destacan Carlos Cárcova, Ricardo Entelman, Alicia Ruiz y Enrique Marí), México (Oscar Correas), Chile (Eduardo Novoa Monreal), Brasil y Colombia (por medio del grupo de juristas del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA)[14]. En el Perú destaca los estudios del jurista Jorge Rendón Vásquez[15].

Según Oscar Correas, el objeto principal de la Crítica Jurídica se encuentra en la "eficacia del discurso normativo", es decir, una vez entendido el derecho como un instrumento de control social, la Crítica debe señalar la eficacia del derecho en la medida

(12) Correas, Oscar. *Introducción a la crítica del Derecho moderno*, segunda edición, México D.F.: Editorial Fontamara, 2013, p. 21.
(13) Bonetto, Susana; Piñero, María. "Teoría crítica del derecho". En: *Revista Estudios*, Córdova: Universidad Nacional de Córdova, N° 03, 1994, p. 66
(14) Wolkmer, Antonio. *Ob. cit.,* p. 31.
(15) Correas V., Florencia. "La sociología del derecho laboral". En: *Revista Crítica Jurídica*, N° 17, México D.F.: UNAM, agosto, 2000, p. 84.

en que logra la dominación por parte de la clase privilegiada sobre los sectores menos favorecidos[16]. Este proceso será mucho más evidente en el derecho del trabajo como se verá a continuación.

2.3. CRÍTICA DEL DERECHO DEL TRABAJO

El derecho del trabajo es aquella rama jurídica que regula las relaciones existentes entre el propietario de los medios de producción, denominado patrón o empleador, y aquella persona que entrega su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración, el trabajador. Frente a la postura que afirma que el derecho del trabajo es un derecho dirigido exclusivamente a los trabajadores, esto es, un derecho "de una clase social frente a otra"[17], que tiene al Estado como máximo protector; para la corriente crítica el derecho del trabajo es más que un conjunto normativo emanado del Estado, es el resultado histórico del desenvolvimiento social, un elemento funcional al modo de producción capitalista, y la expresión de una correlación social de fuerzas, un derecho de "conquistas y límites", en el que la fuerza expansiva del derecho laboral no deriva de "misiones metajurídicas" de protección de la dignidad del trabajador, sino que es una consecuencia de la concentración y centralización del capital[18].

Las definiciones del Derecho del Trabajo y del derecho en general, que los conceptúan sólo como conjuntos normativos, no expresan su realidad, e inducen a pensar que es la voluntad de los integrantes de los órganos estatales encargados de dar las normas la causa determinante de la manera de ser de las relaciones sociales; cuando, al contrario, la función del Estado, o la de quienes se encuentran a cargo de él, es, en este caso, sólo adecuar la normativa a los hechos sociales y a los intereses de los grupos a los cuales defienden o con los que se identifican[19].

El fundamento de la teoría crítica del derecho laboral radica en que en el mundo moderno, dominando por el capitalismo, la fuerza de trabajo, esto es, la energía de los trabajadores, se compra como cualquier otra mercancía, a pesar de la pretendida separación del derecho laboral de su contraparte civil; y de este modo, el elogiado avance de la legislación laboral como defensora de la dignidad del ser humano, es entendida, muy contrariamente, como una manifestación de la fuerza expansiva de las relaciones sociales capitalistas, donde se establecen garantías mínimas para los trabajadores y a

(16) Correas, Oscar. *Sociología del derecho y crítica Jurídica*, México D.F.: Editorial Fontamara, 2009, p. 99.

(17) De la Cueva, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, cuarta edición, México D. F.: Editorial Porrúa, 1977, p. 89.

(18) Molina, Gustavo. "Las características y los principios del derecho mexicano del trabajo". En: *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*. México D.F.: UNAM, N° 06, 1987, p. 79.

(19) Rendón Vásquez, Jorge. *Derecho del Trabajo, Teoría General I*, segunda edición, Lima: Ed. Grijley, 2007, p. 9.

su vez, para el capital; siendo el denominado *contrato de trabajo* una manifestación consecuente de esta correlación de fuerzas[20].

III. LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Se entiende generalmente por contrato de trabajo "todo acuerdo de voluntades (negocio jurídico bilateral) en virtud del cual una persona se compromete a realizar personalmente una obra o prestar un servicio por cuenta de otra, a cambio de una remuneración"[21]. Sin embargo, este tipo de contrato no sólo debe ser entendido como el acto jurídico inicial destinado a producir efectos jurídicos, sino que constituye además una "estructura de conductas, o hechos humanos formalmente válidos" entre dos personas, que consiste en que una de ellas entrega su fuerza de trabajo y se pone, para ello, a disposición de la otra, a cambio de una remuneración[22]. Señala Ensinck, que el contrato de trabajo nació como una reacción frente a los abusos del capitalismo industrial y del liberalismo económico, en la que hasta entonces la igualdad jurídica avalaba los excesos de una desigualdad en el plano económico entre empresarios y trabajadores, en favor de los primeros. De este modo, se ha entendido al contrato de trabajo, y al derecho del trabajo en general, por su carácter tuitivo o proteccionista de los trabajadores, por ser la parte más débil del contrato[23].

En el proceso de búsqueda de la naturaleza esencial del contrato de trabajo se han formulado un sinnúmero de teorías por parte de la doctrina, y es de apreciarse cómo las orientaciones de carácter civilista fueron siendo relegadas por concepciones que resaltan la singularidad del derecho laboral (teoría *sui generis*). Pero incluso dentro del terreno del derecho laboral también surgirán divergencias en cuanto a la concepción del contrato de trabajo, considerándolo más bien como una relación laboral. Analicemos brevemente las teorías mencionadas antes de exponer la postura crítica.

3.1. TEORÍAS CIVILISTAS

Cabanellas ha dividido las teorías civilistas según se equiparen con el contrato de compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato. Se creyó entonces que la naturaleza del nuevo contrato de trabajo podía ser estudiado bajo el criterio del derecho civil, siguiendo una concepción del liberalismo al asociarlo con los contratos patrimoniales, si bien, como indica Gómez, al término de la Primera Guerra Mundial, con la subscripción en 1919 del Tratado de Versalles se creó la OIT, gravando la idea de que "el trabajo

(20) Molina, Gustavo. *Ob. cit.*
(21) Alonso García, Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo.* Quinta edición. Barcelona: Editorial Ariel, 1975, p. 322.
(22) Rendón Vásquez, Jorge. *Derecho del Trabajo. Relaciones individuales en la actividad privada*. Lima: Tarpuy, 1988, p. 12.
(23) Ensinck, Juan A. "Contrato de trabajo. Definición y concepto". En: *Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo en homenaje al prof. Mario L. Deveali*, Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1979, p. 53.

había dejado de ser una mercancía", criterio que se ha difundido hasta la actualidad[24], dando término a la antigua regulación civilista del contrato laboral.

3.1.1. Contrato de arrendamiento de trabajo

El contrato de arrendamiento es aquel contrato mediante el cual una de las partes (el arrendador) presta un determinado bien a otra persona (arrendatario) a cambio del pago de un arriendo o alquiler. Nuestro Código Civil, en el artículo 1666° señala que en este tipo de contrato "el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida". Planiol y Ripert defendieron la teoría del contrato de trabajo como contrato de arrendamiento, pues para ellos la denominación correcta de este tipo de contrato debería ser la de "arrendamiento de trabajo". La cosa arrendada, señalan, es la fuerza de trabajo que reside en cada persona, que es aprovechada por otra, tal como sucede con una máquina o un caballo, y de este modo, la remuneración corresponde a la cantidad de tiempo empleado en el trabajo.

Esta fuerza puede arrendarse, siendo esto justamente lo que ocurre en este contrato, en que la remuneración del trabajo por medio del salario es proporcional al tiempo, como en el arrendamiento de cosas; la suma debida se obtiene multiplicando la unidad del precio convenido, por el número de días o de horas que ha durado el trabajo[25]. [Traducción del autor]

Cabanellas ha criticado de forma negativa esta postura, toda vez que en el contrato de trabajo no se puede desligar dos elementos: la inteligencia y la fuerza, cuyo resultado es la producción útil. Indica asimismo, que la máquina realiza su función simplemente porque un engranaje actúa impulsado por una fuerza generadora; asimismo, el caballo requiere ser conducido, necesita de la inteligencia humana, para que rinda de modo eficaz, a diferencia del hombre que puede actuar y decidir por sí mismo. La crítica además por tratar al hombre al igual que una cosa, lo que implicaría una "regresión o involución" del derecho del trabajo, dotando a la relación laboral del carácter servil que originalmente tuvo; y finalmente, debido a que en el contrato de arrendamiento no se hace una distinción entre el objeto y su fuerza productora, pues en tal caso "lo arrendado en una máquina no sería la máquina en sí, sino la fuerza productora de ésta", igualmente es el caso del trabajo realizado que no puede separarse del propio trabajador, según el autor, pues están unidos "como la sombra al cuerpo", concluye que tal postura no debería ser tomada en cuenta[26].

(24) Gómez Valdez, Francisco. *Contrato de Trabajo*, Tomo I, Lima: Adrus D&L Editores S.A.C., 2016, p. 127.
(25) Planiol, Marcel; Ripert, Georges. *Traité* élémentaire *de Droit Civil II*, París: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1931, p. 667.
(26) Cabanellas, Guillermo. *Contrato de Trabajo. Parte General*. Volumen I, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963, pp. 87-89

3.1.2. Contrato de compraventa de trabajo

Para los economistas clásicos (Adam Smith, Malthus, Stuart Mill, David Ricardo, entre otros) el trabajo era entendido como una mercancía afectada igualmente por la ley de la oferta y demanda, siendo el salario el precio de esta mercancía. De este modo, tanto Adam Smith como David Ricardo señalaban tácitamente que el precio del trabajo, que se encuentra sujeto a las variables de la oferta y demanda, se encuentran determinados además por el precio de los bienes de primera necesidad en un período determinado:

El precio monetario del trabajo está necesariamente determinado por dos circunstancias: la demanda de trabajo y el precio de las cosas necesarias y cómodas para la vida. (…) Así, aunque a veces el precio monetario del trabajo es alto cuando el de los alimentos es bajo, sería todavía mayor si el precio de los alimentos fuese alto, siempre que la demanda no cambie(27).

¿No es acaso el valor del trabajo igualmente variable, al ser afectado, como todas las otras cosas, no sólo por la proporción entre oferta y demanda, que varía uniformemente con cualquier cambio en las condiciones de la comunidad, sino también por el cambiante precio de los alimentos y otros bienes de primera necesidad en los que se gastan los salarios?(28).

Al considerar el trabajo como una mercancía nace la teoría del contrato de trabajo como contrato de compraventa. El contrato de compraventa, definido por nuestro Código Civil, artículo 1529°, como aquel contrato mediante el cual "el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este de pagar un precio en dinero", será aplicado a la compraventa de trabajo de igual forma como se adquiere un bien o una mercancía, ambas susceptibles de compra y de venta. Paul Bureau señalaba así, que el empleador compra el esfuerzo intelectual o muscular del obrero a cambio de una remuneración, entendiendo al trabajo como una cosa igualmente susceptible de compra y de venta(29).

Como se ha indicado, con la firma del Tratado de Versalles en 1919 que creó la OIT, se extendió la idea de que el trabajo había dejado de ser una mercancía, y hubiera dejado al olvido esta teoría, sino fuera por la renovada y original postura venida del célebre jurista italiano Francesco Carnelutti.

3.1.2.1. La teoría de Carnelutti

El jurista Francesco Carnelutti sigue la teoría del contrato de compraventa de trabajo, pero la renueva al explicar que el objeto de este contrato, el esfuerzo humano, puede ser asimilado con la prestación del suministro de energía eléctrica. De esta forma evita la

(27) Smith, Adam. *La riqueza de las naciones*. Madrid: Alianza Editorial, 1997, p. 135.
(28) Ricardo, David. *Principios de Economía Política y Tributación*. Madrid: Ediciones Pirámide, 2003, p. 38.
(29) Cabanellas, Guillermo. *Ob. cit*. 1963, pp. 89-90.

confusión entre trabajador y su esfuerzo realizado, es decir evita tratar al hombre como cosa que se puede arrendar, señalando que lo que se compra es en realidad su fuerza de trabajo. "En uno y en otro caso –en el contrato de trabajo y en el suministro de energía eléctrica- lo fundamental, lo que las partes tienen encuentra, consiste en una fuerza (la de trabajo o la energía eléctrica), la cual puede ser objeto de compraventa, pero no de arrendamiento, por cuanto en este último contrato debe devolverse la cosa arrendada, lo cual resulta imposible con la energía, sea eléctrica o humana(30). Carnelutti aclara que el trabajador conserva su fuerza y su objeto de trabajo, no debiéndose confundir la energía con su fuente, pues "lo que queda al trabajador es la fuente de su energía, es decir, su cuerpo mismo; la energía, sin embargo, sale de él y no regresa"(31).

No obstante la renovación teórica de esta tesis, que asimila la fuerza de trabajo con el suministro de energía, también fue rechazada por considerar el trabajo como una mercancía, "en detrimento del principio proclamado por el Tratado de Versalles de 1919"(32). Cabanellas refuta la tesis de Carnelutti basándose en tres criterios, muy endebles a nuestro parecer, pues no niegan la naturaleza mercantil del trabajo: En primer lugar, rechaza esta analogía pues la energía laboral no es medible como si lo es la energía eléctrica, que puede ser comprada con exactitud según la unidad deseada. En segundo lugar, la energía laboral, en muchos casos, no se materializa, por ejemplo, en los trabajos de vigilancia cuya actividad es tan "invisible e intransmisible" como los períodos normales de simple atención. En tercer lugar, lo que realmente pone a disposición el trabajador es un cierto rendimiento útil, que el empleador puede o no utilizar, existiendo en muchos casos una retribución sin una correspondiente prestación de servicios, como es el caso de los períodos de descanso remunerados. Sin embargo, Oscar Correas, representante de la corriente crítica, resalta el acierto de la teoría de Carnelutti al ser la única en ocuparse de la naturaleza mercantil de la fuerza humana en el sistema capitalista de producción, postura que tendrá mucha coincidencia con la teoría crítica del contrato de trabajo y rechaza igualmente a quienes lo consideran un teórico que degrada el trabajo, pues no hace sino constatar la verdadera naturaleza de este contrato(33).

3.1.3. Contrato sociedad

Según esta teoría existe una relación de derechos y obligaciones entre el trabajador y el empleador, similar a los que existe en una sociedad. Uno de los defensores de esta postura fue Villey, quien argumentaba que en el contrato de trabajo se tiene por objeto común la producción de la riqueza y en la que, tanto el empleador como el trabajador,

(30) *Ibíd.,* p. 90.
(31) Carnelutti, Francesco. "Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici". En: *Rivista di Diritto Commerciale*, XI, 1913, p. 382.
(32) Antokoletz, Daniel. *Tratado de Legislación del trabajo y previsión social*, Tomo I, Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1941, p. 353.
(33) Correas, Oscar. *Ob. cit.*, 2013, p. 165.

son socios que reciben un abono producto de su trabajo[34]. Esta teoría indica que tanto el empleador como el trabajador obran en común para la elaboración de los productos, y se dividen los beneficios de tal actividad, postura que impulsará la idea de la participación de las utilidades de la empresa por parte de los trabajadores.

Si bien existen semejanzas en las características de este contrato con los definidos por los códigos civiles y comerciales del contrato de sociedad, toda vez que entre las partes, existen "coincidencias de voluntades, armonía en los fines, conveniencia recíproca por la prosperidad de la empresa y bilateralidad en las prestaciones"[35]; existen notables diferencias tales como: la remuneración fija de los trabajadores en comparación con la ganancia ilimitada de la sociedad, la subordinación en el contrato laboral a diferencia de la relación de igualdad o proporcionalidad de los derechos y obligaciones de los socios. "Con la idea de la sociedad se fomenta la participación en las utilidades, pero para constituir una sociedad haría fala participar también en las perdidas"[36].

Gómez por su parte señala que existen diferencias notables entre el derecho de participación que tienen los trabajadores frente a su empresa, y el contrato de trabajo; enumerándolas del siguiente modo: En primer lugar el derecho de participación se ubica dentro del derecho colectivo del trabajo y la naturaleza del contrato de trabajo en el derecho individual del trabajo. En segundo lugar, mientras que en la primera es necesario la figura corporativa de los trabajadores y empleadores, en la segunda, la tarea siempre es bilateral. En tercer lugar, mientras que en la primera, el empleador tiene que pagar utilidades si hubiera, en la segunda deben compensar la pérdida de ejercicios anteriores de acuerdo a la norma del Impuesto a la Renta. En cuarto lugar, el derecho de participación se sustenta en tres pilares: "la información, la consulta y la participación"; mientras que el contrato de trabajo se apoya solo en la subordinación. Y por último, a diferencia del contrato de trabajo, la característica principal del contrato de sociedad es el aporte social de sus miembros a fin de obtener las utilidades[37].

3.1.4. El mandato

La tesis del contrato de trabajo como contrato de mandato se ubica en el siglo XIX y llega hasta comienzos del XX, se basa en el hecho de explicar la realización de la actividad por parte del trabajo como una suerte de mandato dispuesto por el empleador, que orienta su labor. Por ejemplo, señala Gómez, el trabajador que realiza trabajos para terceros por orden del empleador o cuando ejecuta labores de representación en beneficio también del empleador. "Ejemplo clásico es el de los gerentes o el de los representantes de las empresas en general"[38]. De este modo, la idea fundamental de esta tesis es asi-

(34) Cabanellas, Guillermo. *Compendio de Derecho Laboral*, Tomo I, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1968, p. 334.
(35) Cabanellas, Guillermo. *Ob. cit.,* 1968, p. 334.
(36) Antokoletz, Daniel. *Ob. cit.*, p. 352.
(37) Gómez Valdez, Francisco. *Ob. cit.*, pp. 136-137.
(38) *Ibíd.,* p. 134.

milar al trabajador como una suerte de representante del empleador ante terceros, sin embargo, según Antokoletz, no se trataría de un mandato formal[39].

Gómez señala cuatro criterios principales que diferencian ambos tipos de contratos: En primer lugar, el contrato de mandato puede ser o no de carácter oneroso, mientras que el contrato de trabajo siempre es oneroso. En segundo lugar, el contrato de mandato es de representación y su ejecución es siempre independiente, sin jornada alguna, a diferencia del contrato laboral, que es "de sujeción y dependiente por antonomasia". En tercer lugar, el contrato se revoca a instancia del mandante, en tanto que en el de trabajo implica una serie de hechos, formalidades y causalidades. Finalmente, en el contrato de mandato participan activamente tres partes: el mandante, el mandatario y el tercero; mientras que en el contrato de trabajo, solo dos: el trabajador y el empleador[40].

3.2. TEORÍA DEL CONTRATO SUI GENERIS

Esta teoría se desarrolla a partir de la idea de que el contrato de trabajo es un contrato especial, diferente a cualquier otro tipo de contrato existente pues la voluntad de las partes supeditada a la intervención estatal, con la finalidad de proteger al trabajador como parte más débil del contrato, idea que se ha mantenido hasta la actualidad. "El contrato de trabajo por su naturaleza constituye un contrato autónomo, original, independiente, que implica aspectos suigéneris que le permite diferenciarse de un contrato de Derecho Común"[41].

Tal teoría pertenece históricamente al segundo período de la construcción jurídica del contrato de trabajo, señalado por Palomeque, en la que se aporta "una nueva tipicidad contractual", una ruptura con la tradición civilista, que se verá reflejada y difundida con la fundación de la Organización Internacional del Trabajo (1919), iniciando un proceso de reestructuración de las relaciones laborales a través de la normatividad (cuyo desarrollo pertenecerá al tercer período). "…es sin duda un acontecimiento crucial en la historia científica del derecho del trabajo"[42].

De este modo, ha llegado a nosotros la idea del contrato de trabajo *sui géneris*, distinto de los contratos civiles o comerciales, con normatividad y principios propios, cuyos elementos sustanciales se le ha caracterizado por el carácter personal de la prestación de servicios, la subordinación del trabajador y la remuneración como contraprestación de las labores realizadas.

(39) Antokoletz, Daniel. *Ob. cit.*, p. 353.
(40) Gómez Valdez, Francisco. *Ob. cit.*, pp. 134-135.
(41) Diaz Aroco, Teófila; Benavides, César. *Derecho Individual del Trabajo*, segunda edición, Lima: Grijley, 2016, p. 300.
(42) Palomeque, Manuel C. "La agenda oculta del contrato de trabajo al descubierto". En: Álvarez de la Rosa, Manuel. *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, segunda edición, Granada: Editorial Comares S.R.L., 2014, p. XII.

3.3. TESIS DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Señala Efrén Córdova, que la teoría de la relación de trabajo se originó en Alemania en el primer cuarto del siglo XX; concibiéndose a la empresa, en un primer momento, como una comunidad de trabajo en la que sus integrantes guiaban sus interacciones por vínculos de "protección y lealtad", es decir, una relación institucional más que una de carácter obligacional; tesis que después logró su auge en la medida que se consideró que la empresa producía en la práctica, una incorporación del trabajador a su ámbito con una simple aceptación de solicitud de trabajo, que incluso llega en algunos casos a una aceptación al margen del trabajador como es el caso de una "petición sindical", por tanto sería la ejecución del trabajo, y no el acuerdo de voluntades, el objeto de la regulación y tutela del derecho del trabajo. Con el tiempo tal postura fue asimilada a la concepción de que en el derecho del trabajo surgen los efectos jurídicos de las situaciones de hecho. En Latinoamérica la teoría fue recogida por Mario de la Cueva, al afirmar que puede existir un vínculo laboral entre las partes incluso sin haber un acuerdo de voluntades; toda vez que la misión primordial del derecho de trabajo no es proteger los acuerdos de voluntades sino asegurar la dignidad del trabajador; asimismo De la Cueva defiende el carácter objetivo de esta relación: "*la relación de trabajo es una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud de la cual se aplica al trabajador un estatuto objetivo…*"[43].

Córdova señala que la reacción por parte de la doctrina laboralista no se hizo esperar, pues ya en los años sesenta, Bayon Chacón y Pérez Botija afirmaban en España que era difícil concebir una "auténtica" relación de trabajo que no se origine en un acto contractual expreso o tácito[44]. Por su parte, Américo Plá matizaba ambas posturas al afirmar también la utilidad del contrato de trabajo como documento que ayuda al común acuerdo entre las partes y para establecer las condiciones laborales mínimas:

Desde luego, no creemos que la existencia de la relación de trabajo… excluya el surgimiento del contrato, ya que hay dos momentos en los cuales el aspecto contractual adquiere notoriamente valor: para la concertación de la relación laboral (es decir, para la individualización y conexión de las partes) y para la determinación de condiciones que puedan exceder el nivel mínimo de protección resultante de las normas generales que regulan la relación de trabajo[45].

Sin embargo existe, por parte de la doctrina, una crítica más severa a la tesis relacionista, tal es el caso de los escritos de Montoya Melgar, en España, quien ha señalado que esta teoría es causa de exageraciones y consecuencias inexactas; asimismo, en

(43) De la Cueva, Mario. *Ob. cit.*, p. 187.
(44) Bayón Chacón, G. y Pérez Botija, E. *Manual de derecho del trabajo*. Citado por: Córdova, Efrén. "Naturaleza y elementos del contrato de trabajo". En: Buen Lozano, N.; Morgado, E. (Coord.). *Instituciones de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. México D.F.: UNAM.,1997, p. 304.
(45) Plá Rodríguez, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*, tercera edición, Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 332.

Latinoamérica, Rafael Albuquerque ha indicado que esta teoría es innecesaria y hasta antijurídica[46].

Las corrientes de la doctrina relacionista pueden ser divididas en tres grandes grupos[47]: En primer lugar se encuentra la *doctrina del contrato de adhesión*, mediante el cual el trabajador no tiene la posibilidad de modificar el contrato, cuyo contenido esta predeterminado por la lay, convenio colectivo y reglamentaciones dictadas por el empleador; en segundo lugar menciona la *doctrina de la incorporación*, en la que sus partidarios consideraron que lo único decisivo era la incorporación del trabajador a la empresa, a partir del cual se constituye la relación de trabajo, aun cuando no haya contrato o éste sea nulo; y finalmente se encuentra la *doctrina de la institución*, en la que se concibe la posición del trabajador como miembro de una "comunidad de trabajo".

Ernesto Krotoschin ha señalado que el debate entre el contrato de trabajo y la relación de trabajo pertenece más a la esfera doctrinal que a la práctica, puesto que existen contratos que no se llegan a ejecutar –que son los casos excepcionales– y por tanto no producen los efectos propios del contrato de trabajo; pero existen también -lo que es la regla- los contratos que se ejecutan, que además de negocio jurídico, constituyen una relación que dura y de este modo, "dan lugar a que el contrato se desarrolle en toda su tipicidad"[48].

IV. CRÍTICA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Desde el punto de vista de la teoría crítica del derecho del trabajo, y en especial, la elaborada por Oscar Correas, el estudio de la naturaleza del contrato de trabajo no ha sido debidamente abordado, descuidando el aspecto científico de la misma, toda vez que se ha pretendido ocultar las relaciones de desigualdad económica entre empleador y trabajador, bajo el manto de una pretendida regulación jurídica que "equilibraría" esta desigualdad. Según esta teoría, los juristas han pretendido explicar el contrato de trabajo desde una perspectiva centrada en el derecho romano, es decir, trataron de encajar necesariamente el contrato laboral en las escasas formas jurídicas romanas. "Como es tradicional que los romanos hayan definido cierto pero corto número de contratos distintos, los juristas –algunos- creen que forzosamente todo contrato tiene que tener la naturaleza de alguno de los ya tipificados"[49]. Otro grupo de juristas, señala, no tienen reparos en añadir nuevos tipos de contratos designándolos, como se ha podido revisar, como contratos *sui generis* o innominados, y en tal caso, podría haber tantos contratos como se le ocurra al legislador. Respecto al tercer grupo señalado, esto es, la denominada teoría relacionista, en la que se resta el carácter contractual de la práctica

(46) Córdova, Efrén. *Ob. cit.,* p. 304.
(47) Vásquez Vialard, Antonio (Director). *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo III, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982, pp. 299-301
(48) Krostoschin, Ernesto. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Volumen I, cuarta edición, Buenos Aires: Depalma,1987, p. 173
(49) Correas, Oscar. *Ob. cit.*, 2013, p. 165.

laboral, con mucha utilidad al momento de la valorización del salario, ésta sigue siendo un ocultamiento de la verdadera relación entre trabajador y empleador, en la que éste último utiliza la fuerza de trabajo del primero; siendo la verificación de la relación laboral solo una visión acrítica del proceso productivo en concreto.

Lo verdaderamente "real", la esencia del fenómeno jurídico, se instala en el nivel social del trabajo abstracto y el proceso de valorización. La esencia de la relación de trabajo consiste en que en el proceso de producción hay una autovalorización del capital; por lo tanto, la "naturaleza" del contrato de trabajo debe buscarse allí y no en el hecho empírico del trabajo concreto(50).

La fuerza de trabajo es, en términos de Marx, el "conjunto de facultades físicas y mentales que se dan en el cuerpo de un hombre, en su personalidad viviente, y que pone en acción para producir cosas útiles"(51). Se afirma así, siguiendo la teoría de Marx, que la fuerza de trabajo sí es una mercancía que se compra y se vende a precio del mercado, pero con la única diferencia de que con la utilización de esta mercancía se genera un valor superior al que ella misma exhibe en el mercado(52). El empleador compra la fuerza de trabajo del obrero que se encuentra disponible en el mercado, pero esta compraventa es sólo temporal, pues de otro modo el trabajador terminaría convirtiéndose en esclavo, es decir, en mercancía. "Para que esta relación persista es preciso que el propietario de la fuerza de trabajo sólo la venda por un tiempo determinado, pues, si la vende en bloque, de una vez por todas, se vende a sí mismo, y, de libre que era, se convierte en esclavo; de comerciante, en mercancía", además señala: "Todo el que quiere vender mercancía distinta de su propia fuerza de trabajo debe, naturalmente, poseer medios de producción, tales como materias primas, instrumentos de trabajo, etc."(53).

Determinada la fuerza de trabajo como una mercancía, ésta tendrá un valor de uso y un valor de cambio: Como valor de uso, es decir, como objeto de satisfacción de necesidades, la fuerza de trabajo tiene la singularidad de producir valor. Señala Correas que el empleador trata de utilizar esta mercancía lo máximo posible y por la misma razón provoca una resistencia en el obrero, de este proceso surge la subordinación, no como una esencia del contrato laboral, sino como la consecuencia de la compra-venta de fuerza de trabajo.

El obrero trabaja "subordinadamente", porque se le ha comprado su energía, y el dueño de ella, el capitalista, la usa según le conviene a los fines de la subordinación de su capital. Y como esta mercancía especial no puede separarse de su vendedor, para que el capital *use* la fuerza de trabajo es necesario que el operario la aplique *allí y cómo* se lo indica el capitalista(54).

(50) *Ibíd*., p. 166.
(51) Marx, Carlos. *El Capital*, Tomo I, Madrid: Editorial Edaf, 1972, p. 174.
(52) Roel, Virgilio. *Teoría económica marxista*. Lima: Editorial Gráfica Labor, 1973, p. 39.
(53) Marx, Carlos. *Ob. cit.,* pp. 174-175.
(54) Correas, Oscar. *Ob. cit.*, 2009, pp.185-186.

Como valor de cambio la fuerza de trabajo, indica Correas, al igual que otras mercancías, va a estar determinada por la totalidad de valores de las mercancías invertidas en su producción y a la vez, cada mercancía estará determinada por el valor equivalente al tiempo de trabajo socialmente necesario para producirla. Estas mercancías necesarias son el vestido, la comida, etc. En concordancia con lo señalado por Marx, el salario no sería sino el pago en dinero por la compra de esta fuerza de trabajo por parte del empleador. "Por consiguiente, el *salario* no es más que un nombre especial con que se designa el precio de la fuerza de trabajo, o lo que suele llamarse *precio del trabajo*, el nombre especial de esa peculiar mercancía que sólo toma cuerpo en la carne y la sangre del hombre"(55). Bajo esta pauta, el rol del derecho será calificar como "justo" el salario que recibe el trabajador, en base a la difundida idea de la "dignidad humana". Para Correas, la idea de la fuerza de trabajo como mercancía queda patentizado además, en la calificación usual de "costo de vida". De este modo, señalará: "¿Acaso la vida tiene un "costo"? Pues sí. Y eso es lo que demuestra que la fuerza de trabajo es una mercancía cuyo precio equivale a los que cuesta la vida de su dueño"(56). Los contratos para Correas, son realmente intercambios de mercancías, presentados bajo la endeble idea de voluntad entre las partes, aplicable sólo en los casos negativos, estos es, cuando existe ausencia de voluntad jurídica: violencia, fraude, locura, edad, error, etc. "Voluntad y libertad son términos que, para ser útiles en derecho, deben ser determinados por la negativa, y a través de hechos empíricamente observables. Lo demás es pura fantasía"(57). Entonces el contrato de compraventa de fuerza de trabajo se configura como un contrato más de compraventa de mercancía.

Igualmente Rendón ha señalado esta apropiación de la capacidad laboral del trabajador por parte del empleador, en base al estudio de las relaciones de producción como constructoras del "edificio jurídico de la sociedad" (en el que se incluye la participación del Estado para asegurar tal edificación).

La contratación y utilización de la fuerza de trabajo por los capitalistas y, por extensión, por cualquier persona vale decir su intercambio, es regulada por el Derecho del Trabajo, el cual adquiere una importancia semejante a la del Derecho Civil, pues, si éste rige la propiedad, aquél norma la relación por la cual el trabajo, como actividad realizada para otros por casi toda la población económicamente activa, crea la riqueza social que se acumula como propiedad de quienes utilizan ese trabajo(58).

Siguiendo a Correas, la teoría del contrato de compraventa de fuerza de trabajo no es aceptada por la ideología jurídica predominante, pues va en contradicción con su constante rechazo a la idea del trabajo como una mercancía. Sin embargo la normatividad

(55) Marx Carlos. "Trabajo asalariado y capital". En: Marx, Carlos.; Engels, Federico. *Obras Escogidas.*, Moscú: Editorial Progreso, 1975, p. 71.
(56) Correas, Oscar. *Ob. cit.*, 2009, p.158.
(57) *Ibíd.,* p.165.
(58) Rendón Vásquez, Jorge. *El derecho como norma y como relación social. Introducción al derecho.* Lima: Editorial Tarpuy, 1989, p. 125.

jurídica, ha regulado el contrato de trabajo como un contrato de compraventa de mercancía, como se puede observar en el caso del derecho de las obligaciones. En este caso, tanto el contrato civil como en el contrato laboral tienen similitudes en el proceso de circulación de mercancías, como intercambio de equivalentes (y la voluntad es un tipo de equivalencia), toda vez que el empleador compra la fuerza de trabajo y paga su valor de cambio. Muy diferente es el caso de la producción, en donde el patrón consume el valor de uso de la fuerza de trabajo para generar plusvalor. Por tanto, existirán dos momentos: el de *formación* del contrato de trabajo, en el que existe intercambio de equivalentes, cuyas acciones de cumplimiento se asemejan al área civil –aunque sea ante otra sede judicial–; y el de su *cumplimiento*, en el que se formaliza el consumo de la fuerza de trabajo –jornadas, descansos, etc.–, que es el momento de la producción, de la lucha de clases(59). Finalmente, esto nos conduce a la afirmación de que el derecho se ha ido adaptando a las relaciones económicas, lo que queda demostrado también en su desarrollo histórico, pues en la medida que surgen los fenómenos económicos en la sociedad, ha surgido igualmente una institución jurídica correspondiente . "Cada paso, en suma, en el desarrollo de este sistema económico, tanto en los grandes centros de poder mundial como en la periferia, ha estado acompañado por la normatividad correlativa, de modo que las operaciones económicas son, al propio tiempo operaciones jurídicas, ya se den dentro de cada país o ya trasciendan sus fronteras, como ocurre actualmente en que la economía se halla cada vez más integrada internacionalmente"(60).

V. CONCLUSIONES

La teoría crítica surge como una reacción frente a la postura pasiva y contemplativa de las investigaciones positivistas, a través de la Escuela de Fráncfort cuyos representantes intentan evaluar críticamente a la sociedad considerada en su totalidad. Y de este modo llega al campo jurídico, cuyos representantes pretenden revelar el fenómeno jurídico de acuerdo a las relaciones económicas y sociales a las que se encuentra intrínsecamente unido, en vez de limitarse a una simple y sectorizada explicación normativista.

La crítica del derecho del trabajo se encuentra en correspondencia con la teoría crítica general, en tanto que lo conceptúa como una correlación de fuerzas sociales, una expresión del sistema capitalista y un desenvolvimiento devenido de las relaciones sociales de producción, a las que también pretende influir.

Las diversas posturas civilistas sobre la naturaleza del contrato de trabajo se desarrollaron tomando como punto de partida el *genio* romano, es decir, trataron de forzar el contrato de trabajo dentro de los moldes elaborados por el derecho romano, de este modo, surgen las teorías del contrato de trabajo como contrato de arrendamiento, de compraventa, de mandato e incluso de sociedad. La postura del contrato de trabajo como contrato *sui géneris*, es una explicación igualmente endeble, según la postura crítica,

(59) Correas, Oscar, *Ob. cit.,* 2009, pp.179-181.
(60) Rendón Vásquez, Jorge. *Ob. cit.*, 1989, p. 128.

pues no contiene criterio específico, y de este modo surgirían tantos contratos como se le ocurra al legislador, y del mismo modo, la teoría relacionista no presenta una visión crítica del hecho jurídico, sino que se limita a verificar el proceso de trabajo sin una visión real de las relaciones capitalistas de producción.

La teoría crítica del contrato de trabajo, desarrollado ampliamente por Oscar Correas, pretende explicar el verdadero rol del contrato de trabajo en la sociedad actual, al afirmar que este contrato es en realidad uno de compraventa de fuerza de trabajo, cuyo acuerdo de voluntades no es sino la apariencia del verdadero proceso de intercambio de mercancías, es decir, entre la fuerza de trabajo y los elementos necesarios para la subsistencia del trabajador. Existen dos momentos en este proceso contractual, el primero es el de formación del contrato, que pertenece al proceso de circulación de mercancías, cuyas características se asemejan al derecho de obligaciones del área civil; en tanto que el segundo proceso pertenece a la regulación de la producción, en donde la fuerza de trabajo, a diferencia de otras mercancías, es capaz de producir por sí misma mercancía y es el escenario de la lucha de clases, de mejoras y limitaciones de los derechos de los trabajadores.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Alonso García, Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo*. Quinta edición. Barcelona: Editorial Ariel, 1975.
- Álvarez de la Rosa, Manuel. *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, segunda edición, Granada: Editorial Comares S.R.L., 2014.
- Antokoletz, Daniel. *Tratado de Legislación del trabajo y previsión social*, Tomo I, Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1941.
- Bonetto, Susana; Piñero, María. "Teoría crítica del derecho". En: *Revista Estudios*, Córdova: Universidad Nacional de Córdova, N° 03, 1994.
- Cabanellas, Guillermo. *Compendio de Derecho Laboral*, Tomo I, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1968.

  _____*Contrato de Trabajo. Parte General*. Volumen I, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963.
- Córdova, Efrén. "Naturaleza y elementos del contrato de trabajo". En: Buen Lozano, N.; Morgado, E. (Coord.). *Instituciones de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. México D.F.: UNAM, 1997, pp. 297-314.
- Carnelutti, Francesco. "Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici". En: *Rivista di Diritto Commerciale*, XI, 1913.
- Correas, Oscar. *Introducción a la crítica del Derecho moderno*, segunda edición, México D.F.: Editorial Fontamara, 2013.

  _____*Sociología del derecho y crítica Jurídica*, México D.F.: Editorial Fontamara, 2009.

- Correas Vásquez, Florencia. "La sociología del derecho laboral". En: *Revista Crítica Jurídica*, N° 17, México D.F.: UNAM, agosto, 2000.
- De la Cueva, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, cuarta edición, México D. F.: Editorial Porrúa, 1977.
- Diaz Aroco, Teófila; Benavides, César. *Derecho Individual del Trabajo*, segunda edición, Lima: Grijley, 2016.
- Ensinck, Juan A. "Contrato de trabajo. Definición y concepto". En: *Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo en homenaje al prof. Mario L. Deveali*, Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1979.
- Gómez Valdez, Francisco. *Contrato de Trabajo*, Tomo I, Lima: Adrus D&L Editores S.A.C., 2016.
- Horkheimer, Max. *Teoría tradicional y teoría crítica*. Barcelona: Paidós I.C.E./ U.A.B., 2002.
- Hottois, Gilbert. *Historia de la filosofía del renacimiento a la posmodernidad*. Madrid: Cátedra, 1999.
- Krostoschin, Ernesto. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Volumen I, cuarta edición, Buenos Aires: Depalma, 1987.
- Marcuse, Herbert. *Cultura y sociedad*. Buenos Aires: Editorial Sur, 1967.
- Marx, Carlos.; Engels, Federico. *Obras Escogidas*., Moscú: Editorial Progreso, 1975.
- Marx, Carlos. *El Capital*, Tomo I, Madrid: Editorial Edaf, 1972.
- Molina, Gustavo. "Las características y los principios del derecho mexicano del trabajo". En: *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*. México D.F.: UNAM, N° 06, 1987.
- Rendón Vásquez, Jorge. *Derecho del Trabajo, Teoría General I*, segunda edición, Lima: Ed. Grijley, 2007.

  El derecho como norma y como relación social. Introducción al derecho. Lima: Editorial Tarpuy, 1989.

  Derecho del Trabajo. Relaciones individuales en la actividad privada. Lima: Tarpuy, 1988.
- Plá Rodríguez, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*, tercera edición, Buenos Aires: Depalma, 1998.
- Planiol, Marcel; Ripert, Georges. *Traité* élémentaire *de Droit Civil II*, París: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1931.
- Reale, Giovanni; Antiseri, Darío. *Historia del pensamiento filosófico y científico*, Tomo III, Barcelona: Editorial Herder, 1988.

- Ricardo, David. *Principios de Economía Política y Tributación*. Madrid: Ediciones Pirámide, 2003.
- Roel, Virgilio. *Teoría económica marxista*. Lima: Editorial Gráfica Labor, 1973.
- Smith, Adam. *La riqueza de las naciones.* Madrid: Alianza Editorial, 1997.
- Vásquez Vialard, Antonio (Director). *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo III, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982.
- Wolkmer, Antonio Carlos. *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá: ILSA, 2003.

REFORMA LABORAL DE 2012 Y DEVALUACIÓN SALARIAL EN ESPAÑA

Francesc Pérez Amorós[1]
(España)

"El salario debe ser suficiente para permitir al trabajador participar activamente de los bienes de la civilización y para asegurar una vida digna y decorosa, en unión de los suyos"

Siguen unas valoraciones jurídico laborales sobre la devaluación salarial derivada de la reforma laboral de 2012 implementada hace cinco años por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado del trabajo[2]. Tal reforma laboral es un buen laboratorio para reflexionar sobre por qué, incluso, cuando tras una época de crisis y de paro se inicia la recuperación, las rentas de los salarios no crecen igual –sino menos- que las del capital, siendo como es –dato muy importante e imprescindible en el discurso– que

(1) Catedrático Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat Autònoma de Barcelona. Investigador del Instituto del Estudios Laborales de UAB.

(2) Siguen las líneas generales planeadas en mi estudio sobre "*La Reforma Laboral dem2012 en clave salarial: brecha entre las rentas del trabajo y del Capital*" que se publicará en el Anuario 2017 del Anuario del Instituto de Estudios Laborales de la Universidad Autónoma de Barcelona.

aquéllas ya eran significativamente menores que éstas al inicio de la crisis y descendieron sustancialmente más que aquéllas durante la crisis.

1. FLEXIBILIDAD LABORAL ¿PARA FOMENTAR EL EMPLEO O PARA DEVALUAR LOS SALARIOS?

El objetivo expresamente manifestado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado del trabajo, es lograr que "*La reforma laboral... facilite la creación de trabajo...*" (Preámbulo, II), pero también se persigue "*…facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a* (sic) *la productividad y competitividad empresarial...*" (Preámbulo, IV), objetivos ambos cuya puesta en práctica ha generando una fuerte polémica(3).

Tras cinco años de reforma laboral se constata que no todas las previsiones del legislador reformador se han cumplido en sus justos términos. La reforma laboral no ha alcanzado el objetivo consistente en "*la creación de trabajo*" (ver *infra* paro y calidad de trabajo), mientras que ha logrado "*facilitar*" la *"adaptación de los salarios*": una discordancia altamente significativa, el paro sigue siendo muy elevado y el trabajo precario se cronifica, y los salarios se devalúan.

La reforma laboral de 2012 pretende -ni más ni menos-, reorganizar el poder de los actores sociales en un sentido determinado (neoliberal), a cuyo fin adopta dos medidas de política de derecho complementarias entre sí y las implementa al unísono. Con la primera retoca las fuentes del ordenamiento laboral y la articulación entre las mismas (*desregulación neoliberal*), de tal manera que se potencie la fuerza del contrato individual y se debilite el poder negociador y regulador –también en materia salarial, se anticipa- de los sindicatos, especialmente retocando los puntos neurálgicos (ámbitos de aplicación, contenido, eficacia y vigencia) del convenio colectivo como fuente del derecho; y, con la segunda incremente todavía más la *flexibilidad* en todas y cada una de las fases del ciclo vital del contrato de trabajo, favoreciendo la contratación temporal (flexibilidad de entrada), la modificación de las condiciones de trabajo (flexibilidad de paso) incluidos los descuelgues salariales, y la extinción contractual en general y el despido en particular (flexibilidad de salida).

Así menoscabado el papel del sindicato en general y del convenio colectivo en particular –es decir, la pérdida de poder negociador por parte del trabajador– se comprueba con mayor claridad el sentido que tiene de flexibilidad laboral patrocinada por la referida reforma laboral de 2012, y se adivinan sus resultados en materia de empleo-paro y salarios. En su momento se expondrá el por qué la reforma laboral, desde la óptica salarial, es una operación en tres dimensiones (Salario mínimo interprofesional; salario convenio; y, salario contrato de trabajo; y todo ello, igual a flexibilidad salarial); ahora

(3) PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E. (Directores). YSÀS MOLINERO, H. (Coordinadora): Balance de la reforma laboral de 2012. Bomarzo. Albacete, 2016.

valga centrar la atención en que desapoderar de su fuerza a la autonomía colectiva es una afrenta al centro de flotación del ordenamiento laboral.

Durante la gestión de la crisis, y a rebufo de la manida flexibilidad, el paro ha tomado cuerpo, y parte del empleo generado es más precario que el anterior, también desde la óptica salarial: la cara b de la reforma laboral – paro y flexibilidad *versus* devaluación salarial– no puede ni debe permanecer oculta como cuasi lo está cuando el legislador de 2012 expone sus objetivos e intenciones reformadoras que no reformistas.

2. EL PARO EN CLAVE DE DEVALUACIÓN SALARIAL

Se trata ahora de considerar el paro –y ciertos aspectos el empleo- en clave salarial a partir de ciertas precisiones:

1ª) Para situarnos en el punto cronológico debido, cabe recordar que el Preámbulo de la repetida Ley 3/2912 (Punto I, primeros párrafos) recuerda que la Encuesta de la Población Activa del 4º trimestre 2011 (EPA 2T 2011) (4T-2011) que elabora el Instituto Nacional de Estadística, apunta que *"...el paro se sitúa en 5.273.600 personas...y la* (tasa de paro) *en el 22.85%",* apunta que la tasa de paro juvenil alcanza casi el 50%, y puntualiza que el "*desempleo de larga duración en España es más elevado que en otros países*…", y para señalar que la "*tasa de temporalidad (es) casi del 25%...",* cifras a partir de las que justifica la reforma laboral porque *" facilite*(a) *la creación de trabajo*..." (Preámbulo, II). Este es el paro, pues, cuando se implemento tal reforma laboral: ¿ha mejorado la situación?, ¿se ha revertido la situación?, en definitiva ¿para qué ha servido la reforma?

2º) Pasado un tiempo y avanzada la reforma laboral (EPA 4T-2015), el paro –con altibajos constantes– se redujo un poco alcanzando a 4.778.500 trabajadores situando la tasa de paro en el 20.90 %, un paro que repuntaba en perjuicio de las mujeres reabriéndose ligeramente la brecha por género, que continua afectando con especial intensidad a los clásicos colectivos vulnerables (juvenil y los trabajadores de edad), y, cuya duración seguía creciendo (larga duración), un paro que ya era de los más elevados de una Unión Europea (UE-18) con una tasa de paro promedio de 9.00% (EUROSTAT a 13.02.2016).

3º) Y, según las últimas estadísticas (EPA 2T-2017[(4)]), el paro evoluciona así. El número de parados se sitúa en 4.574.700, y la tasa de paro en 20.00% (un punto menos que el trimestre anterior); siendo la tasa de paro masculina del 18,41% (baja 1,04 puntos en relación trimestre anterior), y, la femenina del 21.82 % (se

(4) INE: EPA 2T-2017, ver en: http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=resultados&idp=1254735976595. Y, Nota de Prensa (INE de 27.7.207) sobre EPA 2T-2017, en: http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0217.pdf
Para consulta de datos sobre el paro registrado, ver: "SEPE: Resumen de datos estadísticos", en: https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_avance/paro/index.html

reduce 96 centésimas), pues entre los hombres el paro se reducen 128.300 (desde el pasado trimestre), hasta un total de 2.249.600, mientras que entre las mujeres el paro baja en 88.400 este trimestre, hasta un total de 2.325.100 ; por edad, el descenso del desempleo este trimestre se concentra en el tramo 25-54 años (213.900 parados menos) y entre los de 55 y más (25.500), pero el paro crece entre los menores (paro juvenil)de 25 años (22.600 más); y, sigue enquistándose el paro de larga duración alcanzando dosis preocupante, especialmente entre jóvenes y trabajadores de edad; cifras todas ellas superiores a las medias de la UE donde el paro se sitúa, de media, en el 9.1 % (UE-28)(5).

Para precisar y valorar la incidencia del paro en los salarios, cabe insistir que, además del volumen total y la tasa de paro correspondiente –elevada y persistente–, se deben tener en cuenta otras circunstancias más particulares: el paro de jóvenes, de trabajadores de edad, la reapertura de la brecha por género (colectivos más vulnerables ante paro), y la larga duración del mismo, y también se debe tener presente que el paro en la mayoría y mejor de los casos, encadena trabajo y paro, y en el peor, desemboca en un paro de muy larga duración. En estas situaciones, el salario, está algo más que simplemente ajustado.

Un panorama del paro empleo y salarios que puede precisarse añadiendo las siguientes reflexiones (EPA 2T- 2017): la población activa y las tasas de actividad han disminuido a causa de factores diversos *descongestionando* así el paro; crecen las dudas sobre si los trabajadores autónomos -y más los TRADE- son falsos, forzosos o verdaderos; la tasa de temporalidad sigue creciendo hasta alcanzar el 25.72% (sube 68 centésimas en relación al trimestre anterior), siendo que en los 12 últimos meses el empleo indefinido sube en 223.300 personas y el temporal en 202.200; el porcentaje de personas ocupadas a tiempo parcial –*in crescendo*– alcanza hasta el 15.31% (39 centésimas menos que el trimestre anterior), y también los trabajadores a tiempo parcial temporales, y la mayoría en contra de su voluntad, una tendencia que sigue durante el tercer trimestre de 2017(6).

Y siguiendo la evolución del mal denominado "mercado de trabajo", y con los últimos datos publicados(7), se advierte que la situación del paro ha venido mejorando, en algunos sectores, pero, poco, y, con dudas y oscilaciones que hacen dudar mirando al futuro. El número de parados baja este trimestre en 182.600 personas (–4,66%) y se sitúa en 3.731.700. En términos desestacionalizados la variación trimestral es del –2,34%. En los 12 últimos meses el paro ha disminuido en 589.100 personas (–13,63%). La tasa

(5) EUROSTAT: ESTADISTICAS PARO (*Data up to August 2017), en: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-xplained/index.php/Unemployment_statistic*

(6) Ver también las sucesivas estadísticas del SEPE sobre empleo, paro y contratación, en: https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_avance/paro/index.html
En concreto, ver, SEPE: *Demandantes de empleo y paro, contratos y prestaciones por desempleo (septiembre 2017*)", págs. 13 a 15 dan cuenta del número de contratos registrados en septiembre por tipo y modalidad, cifras que por su elocuencia damos por reproducidas aquí.

(7) INE: EPA 3T-2017. Ver su resumen INE: Notas de prensa, de 26 octubre de 2017 http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0317.pdf

de paro se sitúa en el 16,38%, lo que supone 0,84 puntos menos que en el trimestre anterior. En el último año esta tasa ha descendido en 2,53 puntos. Por sexo, el número de hombres en paro se reduce en 90.700 este trimestre, situándose en 1.810.700. Entre las mujeres, el desempleo baja en 91.900, hasta 1.921.100. La tasa de paro femenina disminuye 84 centésimas y se sitúa en el 18,21%, mientras que la masculina se reduce en 83 centésimas y queda en el 14,80%. Por edad, el descenso del paro de este trimestre se concentra en el tramo de 25-54 años (159.800 parados menos). Por su parte, el número de parados sube en 9.200 entre las personas de 16 a 19 años. Por nacionalidad, el paro baja en 160.900 personas entre los españoles y en 21.700 entre los extranjeros. La tasa de paro de la población española es del 15,52%, mientras que la de la población extranjera es del 22,70% (EPA 3T-2017).

Es la actual, pues, una situación menos crítica (EPA 3T-2017: 3.731.700 parados; tasa de paro 16.38 por ciento), que la de los años más críticos de la crisis (EPA 2013-T1, tasa de paro 26.9 por ciento)- pero continúa preocupando mucho, y sigue una tasa de paro de las más problemáticas –la segunda- en el ámbito de la Unión Europea, de tal manera que todavía rige aquella regla general que indica que el paro (elevado y duradero), en si mismo considerado, induce al rebaje de las condiciones laborales en general y al ajuste salarial en particular por motivos de muy variada condición, aunque sólo sea porque el trabajo es una mercancía en un mercado sometido a la oferta y la demanda. En tales circunstancias, no vale señalar sólo la reducción del paro durante los últimos tres años, sin añadir, sin solución de continuidad, que el paro es todavía muy preocupante, de la misma manera que los es la baja calidad del empleo –precario- que se genera, que tal y como se ha cifrado y documentado *supra* es, mayormente, temporal –y en algunos casos fraudulento– y/o a tiempo parcial involuntario, línea de tendencia y estado actual de la cuestión del paro y el empleo que deja adivinar que las condiciones salariales no son las debidamente suficientes las "debidas".

3. BRECHA ENTRE LAS RENTAS DEL TRABAJO Y DEL CAPITAL

Los resultados de la reforma laboral de 2012 -empleo *flexible* y en casos precario, y paro-, han abierto una brecha entre las rentas del trabajo y las del capital durante los últimos años, y en concreto, también explican los ajustes salariales producidos, y, todo ello según se resume a continuación.[8]

De la simple transcripción de algunos de los datos institucionales (EAES 2015[9]) sobre la evolución de los salarios durante 4 años de reforma laboral, se pueden deducir consideraciones del siguiente tenor:

(8) EUROSTAT: Salarios y costes laborales (*Datos recogidos en abril de 201), en: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Wages_and_labour_costs/es*

(9) INE: Encuesta Anual Estructura Salarial (EAES). Año 2015, en: http://www.ine.es/prensa/ees_2015.pdf ; y, Nota de Prensa de 28 junio de 2017, en: http://www.ine.es/prensa/ees_2015.pdf

1ª) "*La ganancia media anual por trabajador fue de 23.106,30 euros en 2015, un 1,1% más que el año anterior".* Y, *"El sueldo más frecuente se situó en torno a 16.500 euros.*

2ª) *"El salario medio anual de las mujeres fue de 20.051,58 euros, mientras que el de los hombres fue de 25.992,76 euros. El salario medio anual femenino representó el 77,1% del masculino. Esta diferencia entre la remuneración de hombres y mujeres se reduce si se consideran situaciones similares respecto a variables como ocupación, tipo de jornada o contrato, entre otras*". Al respecto se puede añadir que entre los trabajadores con "*ganancias bajas*" resulta que "*el 65,5% eran mujeres".* Y además se concluye que: "*En casi todas las actividades económicas, las mujeres tuvieron un salario inferior al de los hombres. Esta desigualdad se explica, en parte, por las diferencias en el tipo de jornada y de contrato";* y, que "*En todas las ocupaciones las mujeres tuvieron un salario inferior al de los hombres*".

3ª) Por modalidad de contrato *"Los trabajadores con contrato indefinido tuvieron un sueldo medio anual de 24.561,81 euros"* y *"Los de contrato de duración determinada, de 16.422,50 euros".*

A todo lo expuesto se pueden añadir las siguientes precisiones: "*En general, los trabajadores con un contrato de duración determinada tuvieron un salario medio anual inferior en un 33,1% al de los contratados indefinidos. Por sexo, los hombres con contrato de duración indefinida tuvieron un salario superior un 20,4% al medio y los de duración determinada, un 25,2% inferior a la media. Para las mujeres el salario fue inferior al medio independientemente del tipo de contrato (un 8,8% menor para los contratos indefinidos y un 32,6% menor para los de duración determinada). En cuanto a la variación de la ganancia anual respecto al año anterior, el salario disminuyó en 2015 en los contratos de duración indefinida un 0,7% y aumentó un 4,7% en los de duración determinada".*

Y, "*La ganancia por hora de los trabajadores temporales fue inferior a la ganancia media por hora, tanto para el total de los trabajadores como para cada sexo. En el caso de las mujeres, llegó a ser un 20,6% más baja*".

4ª) Por tipo de jornada*, "el salario medio anual a tiempo completo fue de 27.039,01 euros, mientras que el salario medio a tiempo parcial fue de 10.065,18 euros".*

En punto a los salarios por tipo de jornada se añade que: *"El tipo de jornada es la variable que determina el nivel salarial. En 2015 el salario medio anual en la jornada a tiempo parcial fue un 56,4% inferior al salario medio total (un 50,9% menor en el caso de las mujeres y un 59,5% en el de los hombres). En 2015 la ganancia media anual a tiempo completo creció un 0,3% y la de tiempo parcial aumentó un 2,8%.";* y que*: "La ganancia por hora de los trabajadores a tiempo parcial fue inferior a la ganancia media por hora, tanto para el total de los trabajadores como para cada sexo. En el caso de las mujeres, llegó a ser un 32,2% más baja".*

5ª) Y para concluir –y siempre según EAES 2015, *cit*.-, se mencionan dos datos generales a la vez que complementarios de todos los expuestos: *"En cuanto al crecimiento*

salarial entre 2015 y 2014, los mayores descensos se dieron en las edades más jóvenes y en las superiores a 65 años.";"*…las diferencias salariales por sexo fueron en general mayores con el aumento de la edad de los trabajadores. Esto se explica por la mejor cualificación (ocupación, estudios...) de las mujeres más jóvenes respecto a las de mayor edad".* (10)

Se comprueba pues que a una crisis económico-financiera que es más grave y larga de lo habitual, le sobreviene un paro elevado de mayor duración, y una profunda reforma laboral (2012), y a todo ello –y según una política neoliberal de austeridad-, le corresponde un ajuste salarial intenso, desigual por sectores (servicios frente industria), más preocupante en trabajos de baja calidad, y con algún que otro repunte tras los primeros y duros estancamientos, de todo ello, y de más pormenores, dan cuenta los datos transcritos (EAES-2017 e IPT-2014-2015, todos *cits*.)(11). Cabe ya anticipar aquí, que, a pesar de ciertas mejoras (de la productividad y del paro según supra) constatadas últimamente, los ajustes salariales practicados, en lo sustancial, perduran, apreciación que se volverá a comentar.

Ya se ha anticipado que una de la finalidades de la reforma laboral 2012 ha sido reducir el poder negociador de los trabajadores (de sus representantes y sindicatos), especialmente, intentando desvirtuar la figura jurídica de convenio colectivo todo ello en un marco de neoliberalismo y políticas de austeridad que ha trastocado el patrón de reparto de la rentas a favor de las del capital y en perjuicio de las del salario. Pues bien, aquí y ahora mismo, se debe constatar una prueba de lo apuntado: el incremento salarial medio pactado en los convenios de los años más duros de la crisis 2013-2015 ha sido inapreciable o muy bajo (sobre 0.5-0.70%), y además, con la reforma de 2012 los convenios han venido estableciendo unas estructuras salariales –*flexibles*– que condicionan parte de la retribución a la productividad (complementos y variables por resultados son categorías para nada *neutrales* sino que *deprimen* el salario) para asegurar así la competitividad (potenciales ganancias) de la empresa en el mercado(12), de

(10) Los datos ofrecidos en las anteriores transcripciones de la EAES 2015, pueden complementarse con otros también facilitados por el INE en los dos textos que se referencian a continuación: 1º) INE: Notas de Prensa (18.11.2016) sobre su "Índice de Precios del Trabajo (IPT). Base 2008 Año 2014. Serie 2008-2014", apunta que "*La variación anual del Índice de Precios del Trabajo (IPT) en 2014 fue del 0,8%, más de un punto por encima de la registrada el año anterior. En 2009 y 2010 la tasa de variación anual del IPT presentó valores positivos (1,5% y 0,5%, respectivamente). Por el contrario, en los años 2011, 2012 y 2013 se observaron valores negativos (–1,5%, 1–,6% y –0,3%, respectivamente). La variación acumulada en el periodo 2008-2014 es del –0,7%. El IPT, por tanto, se sitúa en 2014 en niveles inferiores a los del año base".* Y, 2º) INE: Notas de Prensa (3.10.2017) sobre su "*Índice de Precios del Trabajo (IPT). Base 2008 Año 2015"* , apunta que *" La variación anual del Índice de Precios del Trabajo (IPT) en 2015 fue del 0,7%. Esta tasa es una décima menor que la registrada en 2014*".

(11) RECIO ANDREU, A.: *El impacto de la reforma laboral en los salarios*, en" PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E. (Directores). YSÀS MOLINERO, H. (Coordinadora): Balance de la reforma laboral de 2012, *op. cit*. págs. 185 a 201.

(12) COMISIONES OBRERS (CCOO): Análisis gráfico de la devaluación salarial (Cuadernos de Acción Sindical). CCOO, julio, 2015; y, UGT: Cuatro años de reforma laboral: evolución del empleo, la

la misma manera que los convenios han establecido unas cláusulas de revisión salarial mucho más restrictivas[13]. No resulta sobrero recordar aquí, que la categoría jurídica del salario mínimo interprofesional –con una cuantía muy devaluada: 707, 6 euros mes en 2017: de los más bajos de la UE– también se ha utilizado para contener otras rentas del trabajo además de las salariales, así lo prueban la lenta evolución que ha seguido y su actual cuantía, todo tras 5 años de crisis, paro y reforma laboral[14]. Así se materializan las citadas tres dimensiones que tiene la devaluación salarial al amparo de la reforma laboral de 2012. Y a continuación se debe recordar, que siendo cierto que durante los últimos meses se comprueba cierta tendencia a la mejoría del paro y de productividad en ciertos sectores, también lo es que, no se aprecian mejoras salariales paralelas.

Y también se ha anticipado que otra de las finalidades de la reforma laboral ha sido facilitar la manida flexibilidad laboral. Ahora procede precisar que los ajustes salariales comentados (EAES-2017, cit.), también se explican por las "flexibilizaciones" siguientes: la contratación temporal y a tiempo parcial, elevadas y constantes, según datos cit. *supra;* la rotación de empleo *decadente* (el nuevo trabajo del parado es de menor calidad que el anterior); la combinación de trabajos temporales con períodos de paro más o menos prolongados –y más o menos subsidiados-; la falta consolidación de antigüedad en la empresa, de la formación, de la carrera profesional, y posiblemente de la productividad; y también explica el ajuste salarial o su devaluación la modificación de condiciones laborales (descuelgues incluidos); y, la flexibilización (causal y de indemnizaciones) de los despidos colectivos[15]. Al respecto caben unas apreciaciones más: es conveniente (contra)reformar la regulación de la contratación temporal y a tiempo parcial para que recupere su debida concepción jurídica menoscabada por la reforma de 2012 y pueda así cumplir con su verdadera función que no es la de abaratar el trabajo sino cubrir ciertos trabajos singulares por duración o tiempo con condiciones decentes y salarios dignos, pero lo es más porque donde más se (mal)utilizan esta modalidades contractuales es, precisamente, en sectores y puestos de trabajo menos cualificados *y,* en ocasiones, más o menos *estacionales,* donde los fraudes y encadenamientos indebidos están a la vista de todos. Y, en la misma línea argumental, recordando la incidencia del factor tiempo de trabajo en el salario, cabe denunciar que, en ocasiones, no se retribuye todo el tiempo prestado a pesar de la flexible configuración de la jornada laboral ordinaria, es este un irregular –ilegal- y peculiar ajuste salarial de hecho, que merece la atención de la Inspección de Trabajo y de los tribunales.

---

contratación, los despidos, la negociación colectiva y los salarios. Gabinete Técnico Confederal. Madrid, 8 de febrero (recoge datos hasta 2015).

(13) COMISIÓN NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS (CCNCC): Cláusulas de variación salarial en los Convenios Colectivos. Servicios Técnicos. Junio 2015.

(14) MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: http://www.empleo.gob.es/estadisticas/bel/SMI/smi1_top_EXCEL.htm

(15) FERNÁNDEZ KRANZ, D.: *Los salarios en la recuperación*. Cuadernos de Información económica, núm. 260/2017, págs. 1 a 11.

A todo ello, y a efectos de contextualizar el ajuste salarial, cabe añadir que coincide en el tiempo y en el espacio con la de otras rentas de los trabajadores -pensiones de jubilación, principalmente, prestaciones por desempleo, y otras asistenciales-, y es que los ajustes salariales son una pieza más de un puzle social y económico deprimido por políticas de austeridad –y no de expansión- implementadas por parte del mismo patrocinador de la reforma laboral en busca de una salida de la crisis determinada que provoca desigualdades sociales manifiestas, y en ocasiones, derivan en estados de pobreza –cada vez más nuevos: "trabajadores pobres"- y de exclusión social(16). Las políticas socioeconómicas de expansión y unos salarios decentes por suficientes podrían ser la alternativa para mejorar el empleo y reconducir el paro: ciertos sectores (industria) con ligeros incrementos salariales cubren una parte aceptable del PIB, mientras otros (turismo) con salarios muy devaluados lo hacen escasamente, dicho sea todo ello sin mayores precisiones(17).

Aunque sea entre paréntesis, valga aquí la cita de dos mandatos constitucionales, cuya simple lectura aportan argumentos de reflexión de primer orden: todos los trabajadores tiene derecho al trabajo y a un "salario suficiente" (art. 35.2 CE); y, los poderes públicos realizarán políticas orientadas al "pleno empleo" (art. 40.1 CE); siendo, el primero una derecho de los ciudadanos; y el segundo, un principio rector de la política social y económica, según también la Ley de leyes(18).

3. NOTAS PARA UNA CONCLUSIÓN: LA CARA OCULTA DE LA REFORMA LABORAL Y LAS TRES DIMENSIONES DE LA DEVALUACIÓN SALARIAL

En definitiva y conclusión, la devaluación salarial producida *mantiene* los beneficios de la rentas del capital en las mejores cotas posibles durante la crisis, y asegura, así, los máximos posibles en un futuro próximo cuando cambie a mejor el ciclo económico.

Y sin solución de continuidad, se ha de recordar que con los primeros síntomas de recuperación económica (un crecimiento del PIB alcanzado con menos trabajadores y salarios más bajos) ya se ha observado –una vez más: volver a empezar- que las rentas salariales se recuperan más lentamente que las empresariales: la mejora económica,

(16) MOLINA NAVARRETE, C.: *Productividad, trabajo y pobreza ¿"trío" posible pero insostenible?* Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos (Estudios financieros), núm. 415/2017, págs. 5 a 20.

(17) UNIÓN GENERAL DE LOS TRABAJADORES (UGT): Cinco años de reforma laboral: evolución del empleo, la contratación, los despidos, la negociación colectiva y los salarios. Gabinete Técnico Confederal. Madrid, 9 de febrero de 2017.

(18) "*Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo,...y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo"* (art. 35.1 CE); y, *"Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo"* (art. 40.2 CE).

escasa si se quiere, no ha beneficiado a todos por igual, el patrón de reparto de la renta conlleva desigualdades pues trata a la baja las rentas por salario[19], haciendo así posible la transferencia de rentas desde el factor trabajo hacia le capital.

A todo ello ha colaborado, desde primera línea, la reforma laboral de 2012 sin importarle, en demasía, haber intentado, primero desacreditar y después desvirtuar la verdadera esencia democrática y la auténtica función tuitiva del ordenamiento laboral, culpabilizándolo, en ocasiones, de ciertos problemas laborales y/o desvirtuando sus instituciones, categorías y conceptos jurídicos más elementales tal y como se desprende, por ejemplo, y sin más, del Preámbulo –y articulado- de la citada Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado del trabajo, una reforma, cuyos resultados que pudieran ser considerado aceptables son menos que los que merecen críticas negativas desde la óptica jurídico laboral.

En el contexto de la reforma laboral (reflejo de políticas de austeridad justificadas por una concepción de la estabilidad económica de cariz neoliberal) se ha producido una devaluación salarial de tres dimensiones: el salario mínimo, cumple con su torticera misión de mantenerlos bajo mínimos; la nueva configuración de los convenios colectivos, ha controlado a la baja los salarios convenio; y el contrato de trabajo, potenciado por le reforma, de la mano del empresario, ha mantenido la contención salarial.

Conviene –con urgencia– reformar la reforma laboral de 2012 porque, también, conviene cambiar el patrón de reparto de las rentas para evitar que los costes de las crisis por desajustes macroeconómicos recaigan, principalmente, sobre las rentas del salario[20] provocando crecientes desigualdades objeto de preocupaciones de distinto orden[21]; resulta necesario actualizar los salarios, de acuerdo con las nuevas exigencias, porque el salario no es únicamente el medio de sustento del trabajador –que es muchísimo, tanto, que sólo por ello ya sería más que necesario– sino porque el salario justo y el salario decente es consustancial a la dignidad humana.

De la alta significación que ha tenido y tiene el salario en el mundo del trabajo y mucho más allá del mismo, se hado y da cuenta en una multitud de foros: Robert Owen -empresario, reformista, ensayista, y *laboralista* (sic por "*laboralista"*)– dejó escrito que "*La clase trabajadora puede ser perjudicada, degradada u oprimida de tres maneras: descuidándolos en la infancia, cuando se los sobrecarga de trabajo o cuando se les paga bajos salarios por su trabajo"*; actualmente, la mejor doctrina, expone, que "*El salario debe ser suficiente para permitir al trabajador participar activamente de los bienes de la civilización y para asegurar una vida digna y decorosa, en unión de los*

(19) INE: Contabilidad Nacional Trimestral de España. Segundo semestre 2017.

(20) OIT: Informe Mundial sobre Salarios 20126/2017. La desigualdad salarial en el lugar de trabajo. OIT. Ginebra, 2017 (Resumen ejecutivo).

(21) Incluso, preocupa, al FMI según consta en su muy reciente "Informe Anual del FMI 2017 (Promover el crecimiento inclusivo)". En tal línea de preocupación por el estancamiento salarial, también ver: OCDE: Estudios Económicos de la OCDE. España (marzo 2017, visión general).

suyos"[22]; y de la relevancia integral que tiene el salario da buena cuenta el hecho que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Unión Europea (UE) hayan sumado esfuerzos y aunando sus objetivos integrando el ideario del Trabajo Decente y Digno construido por la OIT en el núcleo duro del Pilar europeo de los derechos sociales que hoy día pretende levantar, y en el que el salario debido ocupa un lugar estelar[23].

(22) PALOMINO, TA.: El salario. Edit. autor. Lima, 2017, apartado VII.

(23) "*Todo empleo deberá estar justamente retribuido, de modo que permita un nivel de vida digno. Los salarios mínimos deberán fijarse por medio de un mecanismo transparente y predecible y de manera que se salvaguarden el acceso al empleo y la motivación para buscar trabajo. Los salarios deberán evolucionar en consonancia con la productividad, en consulta con los interlocutores sociales y de acuerdo con las prácticas nacionales" (*Capítulo II.8.a del "*Anexo I"* titulado el "*Primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales"* adjunto a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 8.3.2016, titulada "*Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales*").

LA MULTIPERIODALIDAD DE LA JORNADA DE TRABAJO: UN ENFOQUE ITALIANO Y SU APLICABILIDAD A LA PROBLEMÁTICA DEL TRABAJO EN HORAS EXTRAS EN EL PERÚ.

THE MULTIPERIODALITY OF THE WORKING TIME: AN ITALIAN APPROACH AND ITS APPLICABILITY TO THE WORK OVERTIME PROBLEM IN PERU.

Irving Aldo Rojas Valentino[1]

(PERÚ)

RESUMEN: el presente artículo ofrecerá un alcance respecto a la denominada multiperiodalidad de la jornada de trabajo, la cual se halla notablemente difundida en la normativa italiana y europea. por otro lado, se examinará la regulación de la jornada de trabajo en el perú, teniendo en consideración sus antecedentes históricos, definiciones doctrinarias, así como su recepción en el

(1) *Profesor contratado de la Universidad de Milán. Doctorando del PhD en Ciencias Jurídicas en la Sapienza - Universidad de Roma, Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Industriales por la Universidad de Milán, con posgrado en Perfeccionamiento y Alta Especialización en Derecho Laboral por la Universidad de Milán. Con estudios de pregrado realizados en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima. Abogado. Email: irving.rojas@unimi.it

texto constitucional. evidenciándose la discrepancia existente entre la regulación de la mencionada institución jurídica y su aplicación en la realidad. ante esta instancia, se propondrá la aplicación de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo en la realidad peruana, en tanto podría resultar idónea a la hora de hacer frente a la problemática de la informalidad del trabajo realizado en horas extras.

PALABRAS CLAVES: Jornada de Trabajo; Horario de Trabajo; Multiperiodalidad.

ABSTRACT: This article gives an overview about the so-called multiperiodality of the working day, which is notably extended in the Italian and European law. On the other hand, it will examine the regulation of the working day in Peru, taking into consideration its historical background, definitions in the literature, as well as its reception in the Constitution. The aim is to show the difference between the regulation of the above mentioned legal institution and its application in reality. Here will be proposed to apply the multiperiodality of the working day in Peru, where it might be appropriate in dealing with the problem of labour informality.

KEY WORDS: Working day - Hours of work – Multiperiodality.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, producto de diversos factores, en especial los relacionados a la apertura de los mercados a nivel global, la alta competitividad que estos requieren y el incremento de la demanda de bienes y servicios, se ha dejado traslucir, especialmente en aquellos países en vías de desarrollo y que presentan una industria emergente, la problemática del trabajo en horas extras, relacionado directamente a la disciplina de la jornada de trabajo.

Si bien, los límites de la jornada de trabajo se encuentran dentro de los derechos constitucionalmente protegidos o al menos así lo ha querido el legislador peruano, poco o nada se ha hecho para salvaguardar su cumplimiento, dejando que el empleador se convierta, muy a menudo, en un trasgresor de un mandato constitucional, quien ante las nuevas exigencias del mercado se ha amoldado sobre la marcha a estos cambios, tanto en materia de producción como en la prestación de servicios, trayendo consigo la necesidad fáctica del incremento de las horas de trabajo, la cual busca cubrir a cualquier costo.

El resultado de la exigencia de una mayor productividad no puede solo beneficiar al empleador, quien ha resuelto en parte dicho requerimiento con el facilismo de incrementar las horas de trabajo de sus empleados, ya sea de manera formal o informal. Este nuevo enfoque de producción de los mercados debe respetar principalmente la normatividad vigente, más que buscar beneficiar exclusivamente al empresario. La inobservancia actual de los preceptos normativos perjudica grandemente al trabajador, por lo que darle un sentido a las instituciones jurídicas que se tienen para, en un primer momento, poder formalizar aquellos empleadores que se encuentran fuera de ese orden

y luego, otorgar beneficios a aquellos que con su accionar incentivan la buena práctica en la relación laboral, es una tarea que se encuentra hasta ahora pendiente.

En ese orden de ideas, debemos de buscar la interpretación más certera e integral que se pueda dar en lo que concierne a la disciplina laboral de la duración de la jornada de trabajo, con especial importancia al límite máximo semanal de las cuarenta y ocho horas, establecida en la Constitución peruana y en otros ordenamientos jurídicos de Latinoamérica; así como a los instrumentos jurídicos que a ella se pueden aplicar, a partir de las experiencias que se pueda tener de otros países, que resulten sistemáticamente adaptables.

Como vemos, la problemática de la jornada laboral es amplia, no solamente abarca a la relación entre empleador y trabajador, sino va más allá, invade el campo social, acrecentando los índices de subempleo, empleo informal y desempleo, generando solo rédito en favor de uno de los sujetos de la relación laboral, lo cual debería ser un motivo de preocupación por parte del Estado peruano, con mucha más razón si es él, el principal y más grande empleador a nivel nacional.

Afecta también la esfera de los derechos fundamentales, en tanto no se le permite disponer con mayor libertad al trabajador de su tiempo libre, el cual le resta fuera de la jornada de trabajo preestablecida (porque siempre tendrá que estar disponible para laborar de más), imponiéndole una condición organizativa de su vida en base a jornadas de trabajo muchas veces imposibles, extenuantes e interminables, hecho que también le imposibilita tener un período de reposo adecuado.

Realmente, existe una conexión lógica entre la problemática del trabajo en horas extras con lo que ya nos hablaba Juan Somavía(2) a fines de los ´90, al desarrollar el concepto de *"trabajo decente"*.

II. NOCIONES PRELIMINARES

Respecto a la jornada de trabajo, existen diversos conceptos para definirla. Así, tenemos aquellos que son *efectistas* y entienden por jornada de trabajo a:

> *«...el tiempo que cada día –y hoy, pese a lo incorrecto de la expresión, que cada semana o cada año– se dedica por el trabajador a la ejecución del contrato de trabajo; el tiempo de trabajo diario, semanal o anual...lo que el trabajador debe no es realmente tiempo de trabajo, sino el trabajo*

(2) Juan Somavía es un abogado y diplomático chileno, elegido en 1999 como Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Fue reelegido para un segundo mandato hasta 2009 y luego para un tercer mandato hasta 2014. El concepto de *trabajo decente* lo expuso en su primera memoria como Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en junio de 1999: «Actualmente, la finalidad primordial de la OIT es promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana». Disponible en goo.gl/1ZDEzj.

> *prestado durante un cierto tiempo, se supone que la jornada se invierte en un trabajo efectivo y real y, en tal sentido, la jornada es una primera aproximación para la medición que el trabajador debe». (Alonso, 1984: 77)*

Por otro lado, hay autores que proponen una tesis *disponibilista*, englobando el concepto de jornada de trabajo dentro de «…el tiempo durante el cual, el trabajador se encuentra a disposición del patrón, para cumplir la prestación que le impone el contrato de trabajo». (Colotti, 1954:13)

Un enfoque distinto nos brinda la teoría *restrictivista*, la cual expone que la jornada de trabajo es la medida del tiempo de trabajo, el período durante el cual el trabajador se encuentre a disposición del empleador, aguardando o ejecutando sus órdenes, no pudiendo por ello hacer uso de dicho tiempo libremente (Nascimento, 1991: 485) (Magano, 1992: 29).

En lo que respecta al horario de trabajo, este debe de ser entendido como «la distribución de los períodos de trabajo y descanso de la jornada laboral, con indicación de las horas de principio y fin del trabajo» (Ojeda, Gorelli y otros, 1999: 352); fijándose con ello también las horas puntuales de entrada y salida del centro de trabajo, que previamente son establecidos por el empleador, con pleno conocimiento y aceptación del trabajador, quien acatará su cumplimiento, en atención al contrato de trabajo subsistente, dicho de otro modo es el «aspecto distributivo de la jornada diaria» (Ezquerra, 2006:459).

Entonces, es importante tener en claro que cuando nos referimos a la jornada de trabajo, estamos hablando del tiempo real durante el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador, a fin de cumplir con las actividades encomendadas, de la manera más eficaz y efectiva que pueda realizarlas, en tanto este se encuentra obligado a ejecutarlas, en virtud al poder de dirección del empleador (*eterodirezione dell'attività*), que es una característica esencial de la subordinación en el contrato de trabajo (Vallebona, 2015: 179-181). En cambio, al hacer mención al horario de trabajo, nos referimos al inicio y fin del lapso de la jornada laboral, determinando con exactitud la hora de ingreso y de salida en cada día de trabajo.

III. LA MULTIPERIODALIDAD DE LA JORNADA DE TRABAJO

Uno de los fenómenos que trae consigo el nuevo enfoque de productividad en el trabajo es aquel que engloba a la flexibilidad. Las instituciones laborales (jornada de trabajo, remuneración, estabilidad laboral, sindicalización, etc.) que predominaron por muchos años dentro de la relación laboral y que se presentaron por décadas como invariables, ahora ya no lo son más o al menos no como se veían en ese entonces. Anteriormente, el trabajador estaba plenamente convencido, desde el principio, que su situación laboral no cambiaría mucho hasta su jubilación (siempre ejecutaría las mismas labores, recibiría más o menos la misma remuneración, tendría el mismo jefe, laboraría solo un número de horas determinadas). Ahora, dichas instituciones se presentan de manera más variable por las exigencias que requiere el mercado, exigencias que llevan a que el trabajador ya no se presente como un elemento rígido y estático sino más bien dinámico

y elástico, más acorde con el concepto flexibilidad, para no quedar así relegado o fuera del mercado laboral.

Por ello, se debe de considerar que la forma en la que opera la flexibilidad en la producción depende de cómo una sociedad define el concepto de bien común, el sacrificio que esté dispuesta a afrontar dependerá del bien que en conjunto se persiga. Es por esta razón que la labor de los Estados resulta fundamental, pues son ellos los que establecen, al interno de sus naciones, cuáles son las directrices en las cuales los mercados y la producción debieran operar (Sennett, 2016: 45-62).

En ese orden de ideas, sabemos que actualmente los ciclos de productividad en un período determinado también resultan variables; por lo que un trabajador, en atención a las facultades de dirección del empleador, se encuentra sujeto a respetar un horario de trabajo preestablecido, pero puede también encontrarse en el supuesto que, durante uno o varios períodos al año, por la poca demanda del mercado de bienes que produce la empresa donde labora o el bajo requerimiento del servicio que ella brinda, no resulta necesario que deba de permanecer al interno de su centro laboral o a disposición de su empleador, durante todo la jornada de trabajo; por lo contrario, podrían existir períodos en los cuales esa demanda o requerimiento aumenta y se hace necesaria su participación en jornadas mucho más prolongadas(3), haciendo que este trabajador, en muchos casos se ve forzado, expresa o tácitamente por el empleador, a laborar en exceso, consciente que su estabilidad laboral depende de ello, acepta dicha condición.

Mucho peor aún es la situación del trabajador que debe permanecer durante varias horas más laborando sin pago de la retribución correspondiente, no solamente se convierte en un acto revestido plenamente de ilegalidad sino también resulta inhumano; porque esa persona que permanece en el centro de trabajo, desarrollando una actividad de manera gratuita (y en muchos casos contra su voluntad), haciendo uso las pocas horas que le restan al día, en las cuales podría dedicarlas a su familia, a instruirse o a efectuar el debido reposo, se encuentra regalando momentos y energías de su propia vida en favor del lucro de un empleador abusivo, tiempo y fuerza que nunca podrá recuperar, que no le traerán retribución de ningún tipo y que seguramente le originarán en el corto plazo complicaciones de salud (física y mental), es por ello que cada vez son más los índices de stress laboral originados por jornadas de trabajo extenuantes(4).

(3) El Consejo de la Unión Europea, a fin de establecer los lineamientos de la regulación del tiempo de trabajo al interno de sus países miembros, ya había prestado atención al concepto de flexibilización de la jornada de trabajo, así en la Directiva 93/104/CE de fecha 23 de noviembre de 1993, considero que: « …habida cuenta de las posibles repercusiones de la ordenación del tiempo de trabajo, parece oportuno prever cierta flexibilidad en la aplicación de determinadas disposiciones de la presente Directiva, al tiempo que se garantiza el cumplimiento de los principios de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores».

(4) Entre las causas de stress relacionados con la organización en el trabajo, resaltan de particular importancia los aspectos ligados a la ejecución de la prestación, como la excesiva carga laboral, el intenso ritmo de trabajo, la duración y la flexibilidad en la jornada de trabajo o la continua tensión sobre los resultados que por cantidad y calidad resultan desproporcionados en relación a la

Partiendo del enfoque principista que todo trabajo debe de ser remunerado, voluntario y no debe agraviar la dignidad del trabajador; resulta evidente que el ser humano sí puede trabajar más de ocho horas diarias (que para el caso del Perú y muchos otros países es el límite máximo de la jornada laboral diaria), en tanto tenga salud, se garantice su seguridad durante la prestación, disponga de tiempo y exprese su voluntad.

Asimismo, es evidente que quien labora en horas extras debe ser compensado con una mayor retribución o permitírsele obtener algún tipo de compensación por dicho esfuerzo adicional, en este último punto está la alternativa a plantear a la problemática expuesta, porque el pago de trabajo en horas extras en dinero, no es la única fórmula de compensación que podríamos darle al empleador formal y respetuoso de las normas; y por la cual se vería obligado a desembolsar más de lo que presupuesta como gastos en personal, hecho que evidentemente le podría traer un mayor prejuicio económico y tentarlo a tomar el camino de la informalidad. Se debe favorecer el reconocimiento al trabajador de las horas laboradas demás y por decirlo de algún modo, también no perjudicar al empleador, arribando a un consenso que beneficie a ambas partes.

Así llegamos al concepto de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo(5), el cual debe de ser entendido como la distribución flexible del horario de trabajo, en determinados períodos de tiempo plurisemanales. Tal distribución puede significar que la duración de la prestación puede superar los límites de la jornada de trabajo normalmente establecida por la ley, sin que ello sea calificado como trabajo en horas extras, ya que tal exceso, será compensado con la reducción de las horas que correspondan a otras jornadas de trabajo que se efectúen en el mismo período preestablecido. Este instrumento de flexibilidad, presente ya en diversas naciones, es aplicable en las circunstancias en que la organización del trabajo pueda ser previamente programable, pudiendo conocerse con antelación la carga de trabajo que se tendrá, a razón de la variación de la actividad laboral que pueda

capacidad del trabajador. Al respecto, cfr. Ludovico, Giuseppe (2011). Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale. En Rivista del Diritto e della Sicurezza Sociale, anno XI, N° 2, pp 401-434.

(5) Para la elaboración del presente artículo, se ha tomado prestado de la doctrina italiana el término *multiperiodale*, la cual ha venido desarrollando dicho concepto, a partir de lo establecido en el numeral 4 del *"Orario Nomale"* del Acuerdo Confederado entre CONFINDUSTRIA, CGLI. CISL y UIL del 12 de noviembre de 1997 y los alcances expuestos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el artículo 1 de su Decreto de fecha 3 de agosto de 1999. Téngase en consideración que, tanto lo actuado en el referido acuerdo como en la normativa, se sustentan en lo dispuesto en la Directiva 93/104/104/UE, que en materia de la jornada de trabajo tuvo como objetivo garantiza la salud y la seguridad de los trabajadores. Sin embargo, en Europa, la referencia de dicho término data de un tiempo anterior; así, durante la *Annual Oxford Conference of the Industrial Law Society* de septiembre de 1991, ya se hablaba de dicho instrumento. Al respecto, cfr. MARRUCCI, Mauro (2012). Orario di lavoro e riposi, Giuffrè Editore, Milano, p. 4; NAPIER Brian (1992), Computerization and Employment Rights. En Industrial Law Journal, Vol 21, N° 1, March 1992, Oxford University Press, Oxford, pp 1-14; y RICCI Giancarlo (2008), Modelli e Tecniche di Flessibilizzazione dell'orario di lavoro in Gran Bretagna. En Rosario Santucci, Emilio Bellini y Mario Quaranto (a cura di), ICT e Lavoro Flessibile. Modelli organizzativi, contrattazione collettiva e autonomia individuale, Franco Angeli, Milano, pp 150-160.

consentir una compensación temporal, en el curso de un período determinado, entre fases de mayor y menor intensidad laboral (Marrucci, 2012: 35).

La aplicación de este sistema a los diversos ordenamientos jurídicos en los cuales aún no está presente, constituiría un factor de flexibilidad dentro de la organización interna del trabajo, permitiendo adecuar los índices de producción a las demandas variables que requiere el mercado de bienes o la necesidad del servicio que se preste, evitando con ello la innecesaria calificación de trabajo en horas extras, con los costos que ello significa para el empleador, al haberse superado el límite máximo de la jornada laboral diaria.

El establecimiento de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo puede representar para el empleador no solo una alternativa de solución al pago por trabajo en horas extras, sino también la posibilidad de no efectuar nuevas contrataciones (quizás muchas de ellas a tiempo determinado), pues este instrumento permitiría hacer frente a las exigencias que se crean a partir de los altibajos de la demanda de bienes o servicios, originada por factores estacionales o exigencias del mercado, ligadas cada vez más a la alta competitividad internacional (Ferrante, 2008: 414).

Asimismo, traería consigo un beneficio laboral y real en favor del trabajador, en tanto conocerá con antelación que en un período determinado trabajará semanalmente más horas, pero también sabrá que habrá períodos en los cuales será justamente compensado, laborando menos tiempo del habitual, permitiéndole una mejor organización de su tiempo libre (Vallebona, 2015: 272).

Es importante agregar que la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, al igual que redefine la institución de la jornada de trabajo, al mismo tiempo desarrolla aquel del derecho al descanso, constituido ambos como un solo núcleo homogéneo el cual persigue un mismo fin que es el de proteger al trabajador, a través de garantizar las mejores condiciones de salud y de seguridad, que deben estar presentes en toda relación laboral.

Los preceptos relativos a la limitación del horario de trabajo, al descanso diario o semanal[6] y a las vacaciones representan puntos a considerar para la aplicación del instrumento laboral en análisis, los que se proyectan conjuntamente para tener una perspectiva no solo de proteger al trabajador contra la explotación derivada del exceso de trabajo o de trabajo en horas extras no remunerado sino que buscan garantizar el respeto de su tiempo libre y el disfrute de un descanso adecuado, necesario para el restablecimiento de las energías y para la atención de los propios intereses personales (espirituales, afectivos o materiales) del trabajador.

(6) Aunque siempre han sido incorporados en la legislación laboral los períodos de interrupción de la actividad laboral; el descanso semanal, además de tener una función de restablecimiento de las energías psicofísicas del trabajador, también incluye una función social, o mejor dicho socializante. Junto al interés personal, también se observa una motivación colectiva, que coinciden en el establecimiento del descanso semanal. Para muchos de los trabajadores dicho tiempo es dirigido a efectuar cualquier actividad complementaria para su desarrollo personal, sean estas deportivas, sindicales, políticas, religiosas, etc. Para un mayor estudio, cfr. Marrucci, Mauro, *op. cit*, p. 95 y Rendón Vásquez, Jorge (1991). Derecho del Trabajo, 2° Ed., Ediciones Tarpuy, Lima, p. 206.

En ese orden de ideas, es preciso agregar que el período de descanso adecuado debe de ser entendido como aquel tiempo habitual, suficientemente largo y continuo que evite que el trabajador, a causa del cansancio, la fatiga u otros aspectos que perturben su normal desempeño laboral ocasione accidentes de trabajo que puedan lesionarlo a él, a sus compañeros o a un tercero ajeno a la relación laboral. Tal definición gira en la lógica de tutelar la integridad psicofísica del trabajador, imponiendo al empleador el reconocimiento de un período de reposo mínimo pero idóneo para que sus empleados puedan restablecer sus energías, garantizando así una protección apropiada y el respecto a los principios generales que regulan la salud y la seguridad en el trabajo (Bolego, 2004: 77-78).

Las disposiciones contenidas en los diversos ordenamientos extranjeros, que recogen la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, confirman principalmente una racional distribución del tiempo de trabajo, no solo justificándose en el simple derecho individual y tradicional que corresponde a la persona humana, sino que además persigue la satisfacción de un interés público que es la tutela de la salud (física, intelectual y moral) del trabajador, cuyo bienestar debe ser una tarea esencial del Estado (Leccese, 2001: 21-22).

IV. EL MODELO ITALIANO

Al respecto, la experiencia italiana es muy alentadora y lleva ya algunas décadas aplicándose de manera satisfactoria, por lo que puede ofrecernos una alternativa de solución a la problemática del trabajo en horas extras, pero teniendo en consideración que no todas las instituciones o leyes resultan «*transplantables*», sino que, cuando se aplica el método comparativo para estos supuestos, debe también considerarse otros aspectos, no solo el conocimiento de la legislación extranjera, sino también el contexto social y político en el que fueron aplicadas, porque su omisión podría conllevar al riesgo de su inaplicabilidad o rechazo (Kahn-Freund, 1974: 27).

Así, debemos de partir de los conceptos esenciales conexos con la multiperiodalidad de la jornada de trabajo; en ese orden de ideas, comenzaremos diciendo que la Constitución italiana no desarrolla ninguna definición respecto a la jornada de trabajo, ni pone límites para su ejecución, señalando solo en el segundo párrafo de su artículo 36[(7)] que es la ley quien fija el límite máximo de la jornada laboral.

(7) «La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge».

Si bien la *Costituzione della Repubblica Italiana*[8] entro en vigencia el 1 de enero de 1948, ya a través del Real Decreto Ley[9] N° 692 de fecha 15 de marzo de 1923, que posteriormente se convirtió en la Ley N° 473 del 17 de abril de 1925, se estableció como jornada máxima de trabajo las ocho horas diarias y las cuarenta y ocho horas semanales para los obreros y empleados de las empresas comerciales e industriales; del mismo modo se encargó de fijar los límites máximos de las horas extras, estableciéndola en dos horas diarias y doce horas semanales (Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, 2003: 235).

Asimismo, dicha regulación fue complementada por la emisión de dos reglamentos que le permitió ser aplicada con mayor claridad y extenderse a otras actividades laborales, así tenemos el Decreto Real N° 1955 del 10 de septiembre de 1923, que reafirmó la determinación del límite máximo de la jornada de trabajo para los obreros y empleados del sector industrial y comercial de cualquier naturaleza, con exclusión del sector agrícola; y el segundo, aprobado con Decreto Real N° 1956 del 10 de septiembre de 1923, que resguardó el límite máximo de la jornada de trabajo en favor de los trabajadores agrícolas.

Así tenemos que, en un primer momento, la jornada de trabajo en Italia se desarrolló de la siguiente manera:

AÑO	NORMATIVA	JORNADA DE TRABAJO
1923	Real Decreto Ley N° 692	8 horas diarias o 48 horas semanales
1926	Real Decreto Ley N° 1096	9 horas diarias
1933	Ley N° 527	8 horas diarias
1937	Real Decreto Ley N° 1768	40 horas semanales
1940	Ley N° 1109	8 horas diarias o 48 horas semanales

Haciendo una primera lectura de lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto Ley N° 692/1923[10] es posible detectar las imprecisiones causadas por el hecho que el legislador,

(8) Es importante mencionar que la Constitución italiana en su artículo 1 señala que "Italia es una república democrática fundada en el trabajo". El testo de la Constitución italiana ha previsto un acuerdo con los ciudadanos basado en el trabajo, pero también basada en la defensa de la sociedad civil contra una excesiva injerencia del Estado, según el principio garantista de la tradición liberal y la experiencia aprendida de la época fascista. En particular, el artículo 3 atribuyó a la República Italiana la obligación de ejecutar las condiciones para alcanzar una mayor igualdad económica entre sus ciudadanos, indispensable para obtener el pleno desarrollo de la persona humana. Al respecto, cfr. Detti, Tommaso y Gozzini, Giovanni (2002). L'Assemblea costituente e la rottura dell'unità antifascista. En Storia contemporanea. Il Novecento, Paravia Bruno Mondadori Editori, Milano, p.295.

(9) En el ordenamiento legal italiano, el Real Decreto Ley (Regio Decreto Legge-RDL), fue una norma con fuerza de ley dictado por el Consejo de Ministros y promulgado por el Rey durante el período que duró el Reino de Italia (1861-1946).

(10) «Articulo 1
Jornada normal de trabajo

de manera simultánea, ha establecido el límite de la jornada de trabajo diaria, así como también ha determinado el límite de la jornada de trabajo semanal (Ichino, 1985: 275).

Al respecto, la doctrina y jurisprudencia italiana ha desarrollado un largo cuestionamiento relativo a la imprecisión de la disyunción *"o"* expuesta entre el límite diario y semanal, cuya resolución antelada hubiera permitido establecer con claridad, en su momento, lo que debió de ser entendido como jornada de trabajo máxima y lo que debió corresponder al trabajo en horas extras, permitiendo con ello fijar, de manera más eficiente, el monto retributivo correspondiente.

Parte de la doctrina italiana, sostiene una interpretación literal de esta vocal, indicando que debe de ser entendida plenamente como un *"o"* (conjunción disyuntiva); en consecuencia, no negando la posibilidad de jornadas de trabajo superiores a las ocho horas, pero dentro del límite de las cuarenta y ocho horas semanales, sin considerar las horas diarias trabajadas en adicional a las ocho horas como extraordinaria; y por lo tanto, sin el pago de ninguna remuneración en excedente (D'Eufemia, 1953: 204 y ss.) (De Luca Tamajo, 1987: 6 y ss.) (Sandulli, 1990: 7 y ss.).

Esta tesis de la alternativa entre el límite diario y semanal, resulta la más flexible de aplicarse, la cual encuentra su mayor sustento en que, si los dos límites debían ser entendido como concurrentes, habiendo estado ya en vigor anteriormente, el descanso semanal obligatorio de al menos un día(11), el enunciado de establecer una jornada de trabajo de cuarenta y ocho horas semanales resultaría de inútil declaración, ya que si solo se puede trabajar como máximo ocho horas al día durante seis días a la semana, resultando reiterativo y redundante fijar la jornada de trabajo semanal en cuarenta y ocho horas.

Otra parte de la doctrina, propone que la «*o*» debe leerse como un «*y*» (conjunción copulativa) y que los dos límites deben ser considerados de manera concurrente, destacando también la necesidad de adaptar la interpretación expuesta en la Constitución italiana (artículo 36, segundo párrafo), mediante el cual se establece que la determinación

---

La duración máxima normal de la jornada de trabajo para los obreros y empleados de las empresas industriales o comerciales de cualquier naturaleza, incluso si son institución de enseñanza profesional o de beneficencia, así como para las oficinas, servicios públicos, hospitales o en cualquier lugar donde se preste un trabajo asalariado o remunerado, bajo la dirección o control directo de otros, no podrán exceder de las ocho horas al día o cuarenta y ocho horas semanales de labor efectiva.
Este decreto no se aplica a los trabajadores domésticos, al personal directivo de las empresas o a los agentes representantes.
Para trabajos realizados a bordo de embarcaciones, tanto para las oficinas y los servicios públicos, incluso si son administrados por empresas de sector privado, se otorgarán disposiciones especiales». (La traducción corresponde al autor).

(11) La Ley N° 489 de 7 de julio de 1907, publicada en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* N°174 del 23 de julio de 1907, en su artículo 1 dispuso que: «Los empresarios y directores de empresas industriales y comerciales de cualquier sector, deberán otorgar al personal que no pertenezca a sus familias, pero que laboren en sus empresas, un período de reposo no inferior a veinticuatro horas consecutivas por cada semana» (La traducción corresponde al autor).

del límite máximo de la jornada de trabajo será a través de un mandato legal, lo que ha hecho este mandato constitucional es establecer de forma absoluta y plena la interpretación legal de una normativa de carácter general, impidiendo adoptar la posibilidad que este límite se establezca dentro de un contrato laboral; así pues, se estableció al exceso sobre el límite legal de ocho horas por día el límite global diario de diez horas, incluidas las horas extraordinarias (Pera, 1996: 460-461) (Cassì, 1956: 34-35) (Ballestrero, 1980: 623) (Carabelli, Leccese, 1995: 35) (Scarponi, 1998: 95 y ss.).

Esta lectura de la tesis de la concurrencia(12), según sus partidarios, se confirma también por las disposiciones del artículo 5 de R.D.L. 623/1923(13), el cual define a la jornada extraordinaria como la adición de un período a la jornada normal de trabajo, a la que hace referencia el artículo 1; en consecuencia, se presupone una duración fija y no variable para la referida jornada de trabajo (Ichino, 1985: 276-277). En ese sentido, integrando los artículos 1 y 3(14) de la norma en referencia, se puede llegar a la conclusión que la jornada normal de trabajo no puede superar las ocho horas diarias, a los cuales podría añadirse un máximo de hasta dos horas de trabajo extraordinario.

La jurisprudencia italiana tampoco ha logrado establecer un criterio claro y uniforme al respecto. De hecho, tanto el Corte Suprema como los jueces de primera instancia por mucho tiempo han fluctuado entre las dos interpretaciones. Es así como, el Tribunal Supremo en la década de los 80, a pesar de que con anterioridad ya había apoyado la tesis de la concurrencia(15), en un momento durante esa misma década también llegó a afirmar que el término "*o*" sólo podía asumir una significancia disyuntiva y que, por lo

(12) Llamada así, en tanto deben de existir un concurso entre los límites diarios y semanales, con la finalidad de poder determinarse el límite de la jornada normal de trabajo, y no una alternancia en la aplicación de dichos supuestos establecidos en el artículo 1 del Real Decreto Ley N° 692/1923. Al respecto, cfr. SCOGNAMIGLIO, Renato (1996). Scritti giuridici, Cedam, Padova, pp. 1103-1120.

(13) «Articulo 5
Trabajo extraordinario
Cuando exista acuerdo entre las partes, es autorizada la adición a la jornada normal de trabajo a que se refiere el artículo 1, de un período extraordinario que no supere las dos horas por día y las doce horas por semana, o una duración promedio equivalente dentro de un período determinado, a condición que, en cada caso, el trabajo extraordinario se contabilice por separado y sea remunerado con un aumento salarial superior al de la jornada normal de trabajo, que no sea inferior al 10% o se dé un aumento correspondiente a la labor realmente ejecutada». (La traducción corresponde al autor).

(14) «Artículo 3
Características del trabajo efectivo
Es considerado trabajo efectivo, para efectos del presente decreto, cada labor que requiera una ejecución frecuente y continua. En consecuencia, no son comprendidos en dicho supuesto las actividades que por su naturaleza o especialidad requieran una labor discontinua o de simple espera o custodia». (La traducción corresponde al autor).

(15) Apoyando la tesis de la concurrencia, se han manifestado el Tribunal de Firenze, 24 de junio de 1989, en *Rivista italiana* di diritto del *lavoro*, 1990, p. 168, con nota critica di Tiraboschi, Brevi riflessioni in tema di durata massima della giornata di lavoro; Pretura de Roma, 27 de abril de 1993, en *Giurisprudenza del lavoro* nel *Lazio*, 1994, p. 419, con nota critica di Galgani. En sentido contrario se han manifestado la Pretura di Catania, 21 de noviembre de 1985, en Diritto e pratica

tanto, los límites de ocho horas al día y cuarenta y ocho horas por semana eran entre ellos alternativos[16]. A pesar de ello, esta interpretación cambia en los años 90, debido a que el Tribunal Supremo, tomando como referencia una decisión de 1983, se acerca nuevamente a la tesis de la concurrencia, llegando a sostener que:

> *«A fin de garantizar el derecho al pago correspondiente a la mejora retributiva por la prestación del trabajo extraordinario, la disposición del artículo 1 del Real Decreto N° 692/1923, debe interpretarse en el sentido que el límite de la jornada diaria de trabajo allí indicada, sea considerado de forma autónoma al del límite semanal, teniendo en cuenta la finalidad de la norma y las características desgastantes que implica el límite máximo de la jornada laboral, que comporta un mayor esfuerzo personal por la realización del trabajo excedente»* [17].

Como se aprecia, a pesar de la ambigüedad de la norma, durante esos años se fue afirmando de a pocos la tesis de la concurrencia, según la cual los dos límites deben ser considerados de manera conjunta y no alternativa; en el sentido, la semana de trabajo podía tener una duración máxima normal de cuarenta y ocho horas, repartidas de manera invariable, en seis días de ocho horas, con el séptimo día de descanso.

A finales del siglo pasado, la jornada de trabajo, como institución jurídica en Italia, ha estado sujeta a una modificación parcial, efectuada desde el primer párrafo del artículo 13 de la Ley N° 196, de fecha 24 de junio de 1997[18], el cual expuso, ateniendo al compromiso del Gobierno italiano, incluido en el Acuerdo para el Trabajo de septiembre de 1996, un límite máximo de cuarenta horas semanales como modificación, reduciendo así la jornada laboral previamente establecida, además señaló que a través de los contratos colectivos nacionales[19] se pueden fijar jornadas laborales de menor duración y referir a la jornada normal de trabajo con la duración promedio que se obtenga de las prestaciones laborales que se ejecuten en un período no superior al año. Dicha norma fue dada con carácter transitoria, a espera de una reforma más profunda en lo que respecta a la jornada de trabajo (Bellomo, 2017: 1047-1049).

---

del lavoro, 1986, p. 1227; Tribunal de Cremona, 28 de abril de 1985, en Rivista italiana di diritto del lavoro, II, p. 860.

(16) Casación del17 de mayo de 1958, n. 1632, en *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza*, 1958, p. 379; Casación del 22 de octubre de 1971, en Foro italiano, 1971, I, p. 1709; Casación del 2 de junio de 1984, en *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1984, p. 520.

(17) Casación Civil, Sección Trabajo del 2 agosto 1996, n. 6995, en Diritto e pratica del lavoro, 1997, p. 28.

(18) Ley N° 196, de fecha 24 de junio de 1997. «Norme in materia di promozione dell'occupazione». Publicada en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* N° 154 del 4 de julio de 1997 - Supplemento Ordinario n. 136.

(19) En la doctrina italiana, la Contratación Colectiva Nacional de Trabajo se define como un tipo de contrato laboral de implicancia nacional suscrito entre los representantes de las organizaciones sindicales más representativas y de la asociación de empleadores, evidentemente se arriba a su suscripción previo acuerdo de los puntos pertinente. Para un mayor estudio, cfr. GIUGNI, Gino (2015). Diritto Sindacale, Cacucci Editore, Bari, pp. 165 y ss.

Como se aprecia de la misma norma, se hace alusión a la jornada laboral promedio; además de ello, da una definición legal del concepto de jornada de trabajo, basado en los siguientes supuestos: 1) Cualquier período en el cual el trabajador este en el centro de trabajo; 2) Cualquier período en el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador; y 3) Cualquier período en el cual el trabajador este en el ejercicio de la actividades o funciones propias de la labor por la cual fue contratado (Marrucci, 2012:26).

Pero lo trascendente llegóun poco después, con la exposición dada por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, al definir en el artículo 1 de su Decreto de fecha 3 de agosto de 1999[20], los supuestos de aplicación de la multiperiodalidad de jornada de trabajo, para ello señala que:

> *«En los trabajos de las empresas industriales en las cuales la contratación colectiva nacional prevea la distribución de la jornada de trabajo en fases multiperiodales, las cuarenta horas semanales establecidas por el Real Decreto Ley N° 692 de fecha 15 de marzo de 1923, que fue modificado por el artículo 13 de la Ley N° 196 de fecha 24 de junio de 1997, podrán ser superadas dentro de dichos períodos, que en cualquier caso no podrán exceder del año, siempre que no se supere en promedio, el citado límite de cuarenta horas semanales».*

Como hemos mencionado la multiperiodalidad de la jornada de trabajo o la jornada laboral promedio no es más que el cálculo de la media que se debe efectuar a las horas trabajadas en determinado período, a efectos de establecer, si las hubiese, el número de horas extras ejecutadas por el trabajador y que corresponden ser pagadas por el empleador. Así, en el caso de la legislación italiana, la jornada laboral promedio es de cuarenta horas semanales, pudiendo negociarse, para efectos del cálculo, como límite máximo un período que no supere el año; por lo que, al hacer uso de esta instrumento, los trabajadores tendrán semanas o meses en los cuales laboraran en promedio más de ese límite y para compensar tendrán semanas o meses en los cuales trabajaran períodos más cortos. Las horas laboradas que excedan el límite promedio establecido, luego de efectuado el cálculo correspondiente, deberán ser pagadas por el empleador como trabajo en horas extras. Téngase presente que la norma italiana también establece un período de reposo obligatorio para el trabajador de once horas diarias (Lunardon, 2004: 369), por lo que se puede concluir que el límite máximo de la jornada laboral (incluido cualquier supuesto de trabajo en horas extras) es de trece horas al día (Ferrante, 2010:497).

El Decreto Legislativo N° 66 del 8 de abril de 2003, que derogó la Ley N° 196/1997 antes expuesta, fue emanado producto de las Directivas de la Unión Europea N° 93/104/CE[21] y N° 2000/34/CE, modificando y en algunos casos, dejando sin efecto, las normas

(20) Publicado en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Año 140, N° 186, del 10 de agosto de 1999, p. 60.* La traducción del texto corresponde al autor.

(21) La Directiva de la Unión Europea N° 93/104/CE establece como noción de *jornada de trabajo*, a cualquier período en el cual el trabajador se encuentra en su centro de labores, a disposición del empleador y en el ejercicio de su actividad y de sus funciones (numeral 1 del artículo 2); añade

dadas en el del siglo pasado, aportando cambios notables, reordenando la normativa correspondiente a la jornada de trabajo, pero salvando literalmente en el primer párrafo de su artículo tercero, lo aportado por Ley N° 196/1997, en lo que respecta la duración normal de la jornada de trabajo semanal, la que fue fijada también en cuarenta horas, (Casotti, Gheido, 2009:15). Añadiendo además en el segundo párrafo de dicho artículo tercero, que mediante la suscripción de los contratos colectivos nacionales se pueda reducir tal límite y permitiendo además el uso de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, a condición de que los límites semanales fijados por la ley sean respetados en un intervalo máximo de un año(22).

En ese orden de ideas, como se ha descrito en el artículo 3 del referido decreto Legislativo N° 66 del 8 de abril de 2003, vigente a la fecha, la norma italiana otorga dos facultades al contrato colectivo: una, la de establecer la reducción de la jornada normal de trabajo, (solo) para los fines contractuales(23); y otra, la de poder aplicar la multiperiodalidad de la jornada de trabajo; en consecuencia, en donde la contratación colectiva haya introducido dicho instrumento, el cálculo del número horas trabajadas de manera extraordinaria, recién podrá efectuarse, obviamente, al finalizar cada período prestablecido y en la medida que se superen las cuarenta horas semanales, fijadas por la normativa en mención; debiéndose efectuarse dicho cálculo por separado y con la mejora retributiva correspondiente, conforme se prescribe en el numeral 5 del artículo 5 del referido decreto legislativo(24) (Tiraboschi, Russo, 2003: 19).

Es preciso agregar que, actualmente la legislación italiana, al referirse al trabajo extraordinario, solo hace referencia expresa a un límite legal total, el cual lo fija en

además el concepto de *período de reposo*, definiéndolo como cualquier período que no califique dentro del supuesto de jornada de trabajo (numeral 2 del artículo 2).

(22) «Articulo 3
Jornada normal de trabajo
1. La jornada normal de trabajo es fijada en 40 horas semanales.
2. Los contratos colectivos de trabajo pueden establecer, para los fines contractuales una duración menor y referir la jornada normal de trabajo al límite promedio semanal de las prestaciones laborales, por un período no superior al año». (La traducción corresponde al autor).

(23) Sobre este punto, en la actualidad continua el debate doctrinal, respecto a los alcances de las facultades del contrato colectivo, no existe un criterio homogéneo que permita establecer con claridad si la reducción de la jornada normal de trabajo, como consecuencia de la negociación colectiva, debiera (o no) influir directamente en el establecimiento del límite máximo semanal, lo que pudiera traer consigo una disminución cuantitativa de dicho límite, produciendo con ello, efectos también en el cálculo de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo. Al respecto, cfr. Bolego, Giorgio (2004). Commentario al D.Lgs. N. 66/2003, come modificato dal D.Lgs. N. 213/2004. En Vito Leccese (a cura di), L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie, Wolters Kluwer Italia s.r.l – IPSOA, Milano, pp 80-81.

(24) «El trabajo en horas extras debe ser computado a parte y compensados con la mejora retributiva prevista en el contrato colectivo de trabajo. Los contratos colectivos pueden, en casa caso, consentir que, de manera alternativa o conjunta a la mejora retributiva, los trabajadores puedan disfrutar de reposos compensatorios». (La traducción corresponde al autor).

doscientas cincuenta horas extras por cada año, conforme se expone en el párrafo 3 del artículo 5 del referido Decreto Legislativo N° 66 del 8 de abril de 2003[25].

Asimismo, se extrae de la norma en referencia que, a través del contrato colectivo, se podrían establecer límites a la jornada de trabajo extraordinaria diaria y semanal. Estos límites de trabajo en horas extras, en el caso de la jornada diaria, no podrán exceder como máximo las trece horas, esta delimitación se produce tácitamente, en tanto, la misma norma en referencia, decreta en su artículo 7 un período mínimo de reposo continuo, a favor del trabajador de once horas, en cada intervalo temporal de veinticuatro horas consecutivas.

En esa misma línea, respecto al límites de la jornada de trabajo extraordinaria semanal, el límite máximo que se puede acordar es el de setenta y siete horas, esto producto de la sumatoria de las trece horas diarias que pueden ser requeridas durante los seis días en los que el trabajador podría laborar[26] y atendiendo al descuento correspondiente a los diez minutos de pausa diaria que debe de tener el trabajador como mínimo, en su mismo centro de laborales y dentro del horario de trabajo, conforme lo establece la referida norma en el segundo párrafo de su artículo 8 (Allamprese, 2004: 227-234).

V. LA JORNADA DE TRABAJO Y SU ENFOQUE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

En la doctrina peruana se ha ampliamente difundido el concepto de jornada trabajo como el tiempo –diario, semanal, mensual y en algunos casos, anual –, que debe destinar el trabajador en favor del empleador, dentro del marco de una relación laboral y atendiendo a los límites legales y constitucionales establecidos; debiendo de ser puesto de pleno conocimiento del trabajador, antes de iniciar su vínculo laboral (Arce, 2013: 430-431) (Toyama, 2011: 323) (Pasco, 1993: 418).

De otro lado, la jurisprudencia constitucional ha definido a la jornada de trabajo como una unidad de tiempo, que se mide por lapsos en los que el trabajador está a disposición del empleador para el desarrollo de una actividad productiva, bien sea prestando un servicio, realizando actos o ejecutando obras. Dicho período no puede ser empleado en beneficio personal[27].

(25) «Artículo 5
3. A falta de negociación colectiva aplicable, el régimen de trabajo en horas extras es admisible solo previo acuerdo entre el empleador y el trabajador por un período que no supere las 250 horas anuales». (La traducción corresponde al autor).

(26) Téngase presente que el primer párrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo N° 66 del 8 de abril de 2003, dispone que, el trabajador, cada siete días, tenga derecho a un período de reposo no menor de veinticuatro horas continuas, que por defecto debiera de coincidir con el domingo.

(27) Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente Nº 00027-2006-AI, del 29 de enero de 2008, fundamento 19.

Respecto a los límites de ocho horas de trabajo diarias o cuarenta y ocho horas semanales como jornada laboral, esta se encuentra establecida en la Constitución Política del Perú[28], que en su artículo 25 hace una exposición aparentemente clara de dichos términos, pero como ya se ha expuesto existen diversas interpretaciones que pueden darse a la "*o*" que también se encuentra presente en el enunciado constitucional, para lo cual a fin de lograr una mejor interpretación debemos de hacer uso de los principios generales de derecho laboral, entre ellos el principio *in dubio pro operario*, que actúa como una directriz dada al juez o al intérprete para que adopte, entre varios sentidos posibles de la norma, el que resulte más favorable para el trabajador. Cierto es que su aplicación concreta importa que lo sea sólo en caso de duda ya que no se trata de un principio *pro operario* (como comúnmente se le ha conocido) sino *in dubio pro operario*. Su utilización solo se justifica cuando haya dudas en la aplicación de la ley, convenio o su interpretación. No crea la norma sino la integra y debe ser aplicado con moderación, para no vulnerar la *ratio legis* (Vitantonio, 2001: 98).

La razón inspiradora de una norma constitucional debe de ser principista y no una mera exposición declarativa de derechos que no se condicen con la realidad. La problemática social es clara, cada vez se respetan menos los límites de la jornada de trabajo establecida en la Constitución peruana, eso no sería tan malo si se reconociera el pago por trabajo en horas extras, que sería una situación medianamente positiva, pero el empleador formalmente constituido simplemente trata de desconocer ello lo más que pueda, haciendo uso de su condición de ser el extremo más fuerte de la relación laboral. Respecto al empleo informal (que desconoce de plano cualquier derecho laboral distinto a la retribución, o incluso este) podemos decir que los índices están entre los más altos de la región, fluctuando entre un 70% a 80%, dependiendo del rango de edad del trabajador[29].

(28) Constitución Política del Perú
«Artículo 25º.-Jornada Ordinaria de trabajo
La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.
Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio».

(29) Según los últimos índices publicados por el Instituto Nacional de Estadística e Informativa del Perú - INEI, en el año 2015, se registrado 8 millones 709 mil unidades productivas (trabajadores), de las cuales el 76,5% son informales (6 millones 666 mil) y el 23,5% son formales (2 millones 43 mil). Además se desprende de dichos índices que el empleo informal afecta en su mayoría a la población joven del Perú, el 87,0% de los menores de veinticuatro años de edad que trabajan lo hacen en condiciones de informalidad; en tanto, en el grupo de veinticinco a cuarenta y cuatro años de edad la informalidad alcanza al 68,7%, en los que tienen entre cuarenta y cinco y sesenta y cuatro años abarca al 68,5% y en los mayores de sesenta y cinco años de edad llega al 87,7%. Al respecto, cfr. Nota de Prensa N° 225 del 2 de diciembre de 2016, Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI. goo.gl/5Cxhs6.

Respecto a la jornada de trabajo, para el caso del Perú, las estadísticas publicadas en los últimos años por la OIT[30] continúan siendo preocupantes. Así, los trabajadores que desarrollan sus actividades laborales superando las cuarenta y ocho horas semanales alcanzaban, en promedio, al año 2016 el 26.1%. A nivel de Latinoamérica, solo Chile (10.3%) y Brasil (6.4%) presentan índices razonables respecto a jornadas laborales que superan dicho número de horas semanales[31]. Respecto a Europa[32], existen indicadores más homogéneos, que fluctúa entre el 4% al 10% de trabajadores que laboran por encima de las cuarenta y ocho horas semanales.

Regresando a lo establecido en la Constitución peruana, tratemos de entender el origen de los límites de la jornada de trabajo que reconoce, remontémonos un poco a lo expuesto por la Confederación General de la Organización Internacional del Trabajo, que en la convocatoria efectuada en Washington por el Gobierno de los Estados Unidos de América el 29 de octubre de 1919[33], emitió el Convenio sobre las Horas de Trabajo (en la Industria) - C001, que entró en vigor para el Perú recién el 13 de junio de 1921, exponiendo en su artículo 2 lo siguiente:

> *«En todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que solo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo las siguientes excepciones previstas a continuación:*

(a) las disposiciones del presente Convenio no son aplicables a las personas que ocupen un puesto de inspección o de dirección o un puesto de confianza;

(b) cuando, en virtud de una ley, de la costumbre o de convenios entre organizaciones patronales y obreras (a falta de dichas organizaciones, entre los representantes

(30) La OIT ha publicado cuadros estadísticos con diversos indicadores sobre el tiempo de trabajo. Al respecto, cfr. http://www.ilo.org/ilostat/faces/oracle/webcenter/portalapp/pagehierarchy/Page3.jspx?locale=es&_afrLoop=879560713947434#!%40%40%3Flocale%3Des%26_afrLoop%3D879560713947434%26_adf.ctrl-state%3D3bkhzsmk6_62.

(31) Los índices más elevados de jornadas de trabajo que superan las cuarenta y ocho horas semanales, a nivel de Latinoamérica, recaen en países como: Bolivia (32.8%), El Salvador (29.5%), Colombia (29.3%), México (28.6%) y Costa Rica (28.4%). Fuente OIT.

(32) Así, países europeos tales como: Suiza (10.5%), Francia (6.5%), Alemania (6.1%), Países Bajos (5.6%), Suecia (4.9%), Bélgica (4.9%), España (4.8%), Noruega (4.6%) e Italia (4%); presentas índices reducidos y homogéneos respecto a jornadas de trabajo que van más allá de las cuarenta y ocho horas semanales. Fuente OIT.

(33) En aquel entonces el gobierno de los Estados Unidos de América hacia frente a una crisis laboral, una de las más importantes de su historia, la huelga del sindicato siderúrgico que involucró a más de 25 millones de trabajadores de toda la nación; lo mismo sucedía en Europa, conflictos en Alemania, Italia y Francia que llevaron a consolidar jornadas de trabajo de 8 horas. Al respecto, cfr. BOYER Richard y MORAIS Herbert, *Storia del movimiento operario negli Stati Uniti*, Bari, Casa editrice Odoya s.r.l., 2012, pp. 272-281; y ABENDROTH Wolfgang, *Storia sociale del movimento operaio europeo*, Torino, Einaudi Editore s.p.a., 1971, pp. 86-98.

patronales y obreros) la duración del trabajo de uno o varios días de la semana sea inferior a ocho horas, una disposición de la autoridad competente o un convenio entre las organizaciones o representantes supradichos, podrá autorizar que se sobrepase el límite de ocho horas en los restantes días de la semana. El exceso de tiempo previsto en el presente apartado nunca podrá ser mayor de una hora diaria;

(c) cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas al día, y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado por un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana».

Al tenor de esta norma, es preciso indicar que la Constitución peruana, establece que los tratados internacionales suscritos por el Perú pasan a formar parte de su ordenamiento jurídico y como tal no pueden ser desconocidos[34], por lo que si bien en 1919, año en que se emitió el referido convenio, la idea de flexibilización del trabajo no estaba tan presente como lo está ahora, pero ya empezaba a ganar terreno y tener presencia la ideología fordista[35], por lo que el mismo convenio en su artículo 4 prevé una excepción, que en la actualidad, por la presencia de la flexibilidad en el trabajo que hemos explicado anteriormente, pasan a ser una regla constante:

> *«También podrá sobrepasarse el límite de horas de trabajo establecido en el artículo 2 en los trabajos cuyo funcionamiento continuo, por razón de la naturaleza misma del trabajo, deba ser asegurado por equipos sucesivos, siempre que el promedio de horas de trabajo no exceda de cincuenta y seis por semana. Este régimen no influirá en las vacaciones que puedan ser concedidas a los trabajadores, por las leyes nacionales, en compensación del día de descanso semanal».*

Por lo tanto, si la distribución constitucional ha sido fijada en cuarenta y ocho horas semanales sería posible alternarlas, aplicando la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, en tanto este instrumento no contradice otra norma constitucional, como tampoco al aludido convenio de la OIT. También como se aprecia de dicho articulado del convenio en mención, se establece que no podrá superarse las cincuenta y seis horas semanales, este vendría a ser el límite máximo al que podría arribarse cuando se aplique el régimen plurisemanal (e incluso el trabajo en horas extras).

(34) Artículo 55°.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

(35) El fordismo tiene su origen histórico allá por el año 1910, cuando Henry Ford adoptó en sus fábricas la cadena de montaje autónoma. Así, Ford perfeccionaba el taylorismo, incorporando en la tecnología mecánica de la cadena de montaje, el ritmo de trabajo impuesto por la manufactura. Características típicas del modelo ideado por Ford son las grandes dimensiones de los complejos industriales y la producción en masa de bienes estandarizados. Para un mayor estudio, cfr. Bonazzi, Giuseppe (2008). Storia del pensiero organizativo. Franco Angeli. Milano, pp. 160-180.

Téngase presente que la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, por un tema definición normativa(36), no entra en el supuesto de la jornadas acumulativas o atípicas que se hace mención en el primer párrafo del artículo 25 de la Constitución peruana, por lo que el límite máximo de tres semanas al que hace referencia el fundamento 29 (precedente vinculante) de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 4635-2004/TC, no resulta aplicable a este instrumento(37).

Respecto a la aludida sentencia del Tribunal Constitucional, previamente, en su fundamento 28 precisa que, en el caso particular de los trabajadores mineros, la jornada diaria razonable no puede ir más allá de las ocho horas; añadiendo que, atendiendo a las especiales condiciones laborales de la actividad minera, se puede considerar una jornada semanal razonable, que no puede ir más allá de las doce horas diarias durante cuatro días seguidos a la semana y en algunos hasta cinco días; para ello debe de cumplir con el *test* de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros, a la que refiere el fundamento 15) de la Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 11 de mayo de 2006(38), que resolvió el pedido de aclaración que efectuara la parte demandada, en relación a la sentencia primigenia.

---

(36) Así, el Informe N°03-2013-MTPE/2/14 del Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo, define a las jornadas acumulativas o atípicas como aquellas que «se caracterizan por no realizarse a diario o bien, se caracterizan por realizarse con importantes intervalos de descanso, en los cuales el trabajador labora jornadas extendidas y luego goza de descansos compensatorios. Este régimen se justifica cuando existen condiciones distintas a las comunes, como sucede usualmente en los casos del sector minero o de hidrocarburos, en los que los trabajadores se encuentran expuestos a altos niveles de riesgo y toxicidad que repercuten en su salud y seguridad, asimismo, cuando los centros de labores se encuentran ubicados en zonas alejadas del hogar del trabajador». Disponible en *http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/DGT/opinion/informe_03_2013.pdf*

(37) Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 4635-2004/TC, de fecha 17 de abril de 2006, fundamento 29: «Tratándose de jornadas atípicas, en cualquier tipo de actividades laborales, no pueden superar el promedio de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas, o de un período más corto, como lo dispone la Constitución y el Convenio Nº 1 de la OIT. Considerando que el artículo 25º de la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho [sic] horas semanales, ésta prevalecerá sobre cualquier disposición internacional o interna que imponga una jornada semanal mayor, puesto que se trata de una norma más protectora».

(38) Resolución aclaratoria de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 4635-2004/TC:
"15. Que, si bien la primera parte del fundamento 28 de la sentencia de autos constituye un límite para instaurar jornadas acumulativas, atípicas o concentradas para los trabajadores mineros, compatible con la Constitución y considerando el tipo de actividades que se realiza, en uso del precedente normativo vinculante establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debe precisarse que tal límite también está sujeto, a su vez, a límites. En ese sentido, la limitación para restringir las jornadas atípicas o acumulativas deberá cumplir, copulativamente, las siguientes condiciones, que constituyen el test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros:

a) La evaluación caso por caso, teniendo en cuenta las características del centro minero; por ejemplo, si se trata de una mina subterránea, a tajo abierto, o si se trata de un centro de producción minera.
b) Si la empleadora cumple, o no, con las condiciones de seguridad laboral necesarias para el tipo de actividad minera.

VI. LA JORNADA DE TRABAJO EN EL MARCO NORMATIVO PERUANO

A partir de lo expuesto en la Constitución, son muchas las normas que reconocen y regulan la jornada y el horario de trabajo[39], así tenemos lo expuesto en el Decreto Legislativo N° 854 publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 01 de enero de 1996 y modificado por la Ley N° 27671 del 20 de febrero de 2002; el Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Decreto Supremo N° 007-2002-TR, publicado en el Diario Oficial "*El Peruano*" el 04 de julio de 2002 y su respectivo Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002-TR.

Del elenco legislativo citado, debemos de reconocer la existencia de un extenso margen de actuación normativa otorgado en favor del empleador, en materia de ordenación del tiempo de trabajo. La flexibilidad respecto a la distribución de jornadas de trabajo ha sido ampliamente tratada en la legislación peruana. Así, el empleador tiene la potestad de establecer el horario de trabajo, es decir la distribución de la jornada durante el día, ello se concreta en el establecimiento de la hora de ingreso y de la salida. Asimismo, según lo dispuesto por el artículo 6 del referido Decreto Legislativo N° 854[40], el empleador también está facultado para modificar el horario de trabajo, siempre que ello no altere el límite máximo de la jornada de trabajo. De acuerdo con esto, el empleador cuenta con la posibilidad de distribuir la fuerza de trabajo y de organizarla de acuerdo con sus

---

c) Si la empleadora otorga, o no, adecuadas garantías para la protección del derecho a la salud y adecuada alimentación para resistir jornadas mayores a la ordinaria.

d) Si la empleadora otorga, o no, descansos adecuados durante la jornada diaria superior a la jornada ordinaria, compatibles con el esfuerzo físico desplegado.

e) Si la empleadora otorga, o no, el tratamiento especial que demanda el trabajo nocturno, esto es, menor jornada a la diurna.

Alternativamente, también podrá exigirse la siguiente condición:

f) Si se ha pactado en el convenio colectivo el máximo de ocho horas diarias de trabajo."

(39) Téngase presente que la aun Constitución Política del Perú fue emanada dentro de un gobierno dictatorial, que entre muchas normas restrictivas de derechos laborales promulgó el Decreto Legislativo N° 692, de fecha 05 de noviembre de 1991, que se mantuvo vigente por muchos años, el cual en su artículo 2 señalaba que: "Los empleadores que requieran introducir modificaciones sustanciales en los horarios de trabajo vigentes en los respectivos centros de trabajo deberán celebrar acuerdos directos con sus trabajadores. En defecto de acuerdo de partes resolverá la Autoridad Administrativa de Trabajo, la que deberá tener en cuenta si la variación introducida resulta indispensable para la generación de un mayor número de trabajo o el incremento de la producción y productividad"; dejando prácticamente en manos del empleador la facultad de disponer libremente sobre el número de horas a trabajar por parte de sus empleados y exteriorizando la poca voluntad del gobierno de tener en cuenta la participación de los sindicatos u organizaciones de trabajadores para estos fines.

(40) Artículo 6.- Es facultad del empleador establecer el horario de trabajo, entendiéndose por tal la hora de ingreso y salida, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 2 inciso d). Igualmente está facultado a modificar el horario de trabajo sin alterar el número de horas trabajadas. Si la modificación colectiva de horario es mayor a una hora y la mayoría de los trabajadores no estuviera de acuerdo, podrán acudir a la Autoridad Administrativa de Trabajo para que se pronuncie sobre la procedencia de la medida en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, en base a los argumentos y evidencias que se propongan las partes. La resolución es apelable dentro del tercer día.
Si la modificación tiene carácter individual, la impugnación de la medida por el trabajador se efectuará conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

objetivos empresariales, al punto que es el empleador quien en definitiva puede fijar la fecha de los descansos, dentro de ciertos límites (Vinatea, 2000: 280-281).

Asimismo, del compendio de normas descritas, podemos rescatar del Texto Único antes referido, que trata sutilmente un mecanismo muy parecido, pero limitado en el tiempo de aplicación, de lo que sería la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, la cual hemos desarrollado ya ampliamente, así en el literal b) de su artículo 2 detalla como facultad del empleador:

> *«Establecer jornadas compensatorias de trabajo de tal forma que en algunos días la jornada ordinaria sea mayor y en otras menor de ocho (8) horas, sin que en ningún caso la jornada ordinaria exceda en promedio de cuarenta y ocho (48) horas por semana».*

En el sector público, se sigue la misma línea establecida en la Carta Magna, el Decreto Legislativo N° 800, publicada el 3 de enero de 1996, atendió a dichos preceptos constitucionales, sancionando para los servidores un horario continuo en una sola jornada de trabajo al día de siete horas cuarenta y cinco minutos, de enero a diciembre, y de lunes a viernes.

Posteriormente, el Decreto Legislativo N° 1023 de fecha 21 de junio del 2008, en su décima disposición complementaria final, ha establecido que la jornada laboral en el sector público concuerda con los límites diarios y semanales establecidos constitucionalmente como máximos y en caso de que la ley prevea jornadas de trabajo menores a dicho límites, estas serán preferentemente destinada a la atención al público.

Un punto importante de resaltar es que, para la administración pública, independiente del régimen laboral de sus trabajadores, las leyes que anualmente regulan el presupuesto público, de manera reiterativa, han decretado la prohibición del pago del trabajo en horas extras[41], veto que debe de ser entendido, por conexión lógica, también para la prestación laboral de sus empleados; porque lo que, no es constitucional ni legal el trabajo en sobretiempo sin el correspondiente pago, así sea el empleador el mismísimo Estado.

Últimamente, el trabajo en horas extras no remunerado (y hasta el remunerado, pero no voluntario) ha despertado un debate legislativo, en tanto existe un cuestionamiento entre si se configuraría como delito de trabajo forzado[42], tipología recientemente incorporada en la legislación penal o solo acarrearía una sanción administrativa, como

(41) Así, el numeral 8.6 del artículo 8 de la Ley N° 30.518. Ley del presupuesto del sector público para el año fiscal 2017, estableció que: «Las entidades públicas, independientemente del régimen laboral que las regule, no se encuentran autorizadas para efectuar gastos por concepto de horas extras».

(42) Decreto Legislativo N° 1323, de fecha 6 de enero de 2017, en su artículo 1 modifico el Código Penal, señalando lo siguiente: «Artículo 168-B.- Trabajo forzoso
El que somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años».

eventualmente ha venido siendo tratado sin mayores resultados y es que el sistema de fiscalización laboral en el Perú es más que todo punitivo que educador[43].

VII. APLICANDO LA MULTIPERIODALIDAD DE LA JORNADA DE TRABAJO EN EL PERÚ

Como hemos visto tampoco existe una prohibición o restricción a nivel legislativo que impida el desarrollo de la propuesta expuesta en el presente artículo, por lo que existiendo ya la norma constitucional que prevé el límite máximo semanal, este instrumento del derecho laboral resulta plenamente aplicable a la realidad peruana (u otra aquella que prevea dicho supuesto). Para ello, básicamente se requiere de un mecanismo que resulte de aplicación casi inmediata en donde poder desarrollarlo, que en el caso del Perú resultaría ser el contrato individual de trabajo, el cual podría incluir dentro de una de sus cláusulas la aplicación de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo en la relación laboral, con el enunciado que al inicio de cada período se le informará al trabajador sobre como vendrá ejecutado dicho instrumento.

Téngase en consideración que tanto la jornada como el horario de trabajo tienen por parte del empleador una imposición relativa, ya que es el mismo trabajador quien, al suscribir el contrato de trabajo o al aceptar tácitamente las condiciones laborales intrínsecas a él los estaría convalidando (Arce, 2013: 431).

Es preciso agregar que la utilización del contrato individual de trabajo emerge como una posibilidad real e inmediata, en tanto no está condicionada a ninguna modificación de carácter constitucional o legal y ante la ausencia fáctica y casi general de la contratación colectiva en el Perú, el cual resultaría, evidentemente, el instrumento más idóneo y natural para la regulación de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, en tanto tutela de manera más adecuada los derechos laborales del trabajador, aportando un equilibrio en la relación laboral.

Si bien esto es así, la inclusión de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, dentro del contrato individual de trabajo, surge como alternativa para su pronta ejecución, toda

(43) Entendemos que un sistema de fiscalización, para que logre una mayor eficacia, debe tener básicamente tres tipologías de intervención: 1) Preventivo- Promocional: El inspector debe de llegar en primer momento al centro de labores con un carácter instructivo, respecto a las normas laborales, con más razón respecto aquellas que se presentan como novedosas, haciendo una verdadera confrontación del aspecto normativo con la realidad, teniendo y conociendo más el escenario en el cual desarrolla sus actividades. 2) Reconocimiento: Todo empleador que elije cumplir adecuadamente con las normas laborales debe recibir, directa o indirectamente, algún tipo de beneficio de cualquier clase (de preferencia del tipo tributario-fiscal). Si bien existe una obligación expresa de cumplir la norma, la realidad nos muestra que esto no es así, los índices de informalidad superan largamente a los del trabajo formal, por lo que debe de otorgarse un beneficio real que sea un incentivo a la buena fe laboral. 3) Sancionatorio: Intensificar la labor inspectora. El empleador que es descubierto infringiendo sus obligaciones como tal, será acreedor de sanciones considerablemente onerosas y sin ningún tipo de beneficio o dispensa de la falta cometida. Al respecto, cfr. Rausei, Pierluigi (2012). Ispezioni e nuovo sistema sanzionatorio, Wolters Kluwer Italia s.r.l., Milano, p. 6.

vez que esperar una evolución significativa de los sindicatos[44], para recién allí pensar en comenzar gestionar su aplicación a través del contrato colectivo, sería condicionarlo a una realidad que, por múltiples factores, aún no se encuentra presente.

Al respecto es preciso indicar que, en lo que se refiere a la sindicalización en el Perú, la primera información relevante gira alrededor de la tasa de afiliación, de un lado, y la cobertura negocial de otro, que están en la actualidad en el 7% y el 10%, respectivamente, debiendo de señalar que ambas tasas están referidas a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Con ello queda claro que, tras el proceso de desregulación legal vivido en la década de los noventa y tras la caída en picada de la tutela colectiva, la gran mayoría de trabajadores tienen fijadas sus condiciones de trabajo fundamentalmente vía contrato individual de trabajo, salvo los mínimos legales supérstites (Villavicencio, 2010: 36-37).

A este punto, es preciso agregar, que el reconocimiento de la libertad sindical, como un derecho fundamental en el Perú, ha sido el producto de una larga lucha librada por los trabajadores desde los orígenes mismos del Estado liberal, que inicialmente la negó, la persiguió y la sancionó (Blancas, 2011: 402); teniendo ahora un reconocimiento a nivel constitucional[45], que permite definirla como un conjunto de normas que, por su titularidad, se clasifican en individuales y colectivos; y, por su contenido, en orgánicos y funcionales. Si combinamos ambos criterios, el más importante de los derechos de titularidad colectiva y contenido funcional es el de negociación colectiva. Su relevancia es tal que se dice que el sindicato es un instrumento para mejorar las condiciones económicas y laborales de sus representados, pero el medio del que se vale para ello es la negociación colectiva (Neves, 2014: 108).

Téngase presente que la normativa peruana, a través de lo legislado en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo Nº 010-2003-TR de fecha 5 de octubre de 2003, ha regulado el contrato colectivo en distintos ámbitos (a nivel empresarial, por actividad o gremio)[46] e incluso con alcance

(44) En el sistema italiano, y en general del europeo, el contrato colectivo nacional tiene una participación estelar en la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, debido esto a que los sindicatos tienen una importante presencia social de más de un ciclo; téngase en consideración que durante el 1° Congreso de la Asociación Internacional de Trabajadores que se llevó a cabo en Ginebra en septiembre de 1866, ya se hablaba del movimiento sindical en Europa y de su más grande instrumento, la huelga. Para un mayor estudio al respecto, cfr. Abendroth, Wolfgang (1971). Storia sociale del movimento operaio europeo, Einaudi Editore s.p.a., Torino.

(45) Artículo 28°.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:
1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.
3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

(46) Artículo 44.- La convención colectiva tendrá aplicación dentro del ámbito que las partes acuerden, que podrá ser: a) De la empresa, cuando se aplique a todos los trabajadores de una empresa, o a

nacional[47]; por lo que, si en algún momento estos incluyeran la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, los contratos individuales en los que se encuentren contenidos dicho instrumento, deberán de ajustarse al procedimiento establecido en la negociación colectiva, conforme lo señala el literal a) del artículo 43 del referido Texto Único[48].

Asimismo, también podrían incluirse otros instrumentos existentes en la disciplina laboral europea, que son plenamente aplicables a la realidad peruana, como son el banco de horas[49], en tanto la normativa peruana ya prevé un sistema de compensación muy similar[50], que en la actualidad es la única forma de evitar la monetización del trabajo en horas extras en el Perú, cuyo mecanismo estipula como requisito, la celebración de un acuerdo escrito entre las partes.

Por lo que, en aplicación de este supuesto, tendríamos que en el intervalo de un año (pudiéndose también establecerse períodos menores pero siempre de duración razonable), habrían semanas en las cuales el trabajador podría laborar más de cuarenta y ocho horas, pero con un límite máximo de cincuenta y seis horas semanales (como señala el

---

los de una categoría, sección o establecimiento determinado de aquella. b) De una rama de actividad, cuando comprenda a todos los trabajadores de una misma actividad económica, o a parte determinada de ella. c) De un gremio, cuando se aplique a todos los trabajadores que desempeñen una misma profesión, oficio o especialidad en distintas empresas.

(47) Artículo 46.- Para que el producto de una negociación colectiva por rama de actividad o gremio tenga efectos generales para todos los trabajadores del ámbito, se requiere que la organización sindical u organizaciones sindicales representen a la mayoría de las empresas y trabajadores de la actividad o gremio respectivo, en el ámbito local, regional o nacional, y que sean convocadas, directa o indirectamente, todas las empresas respectivas.

(48) Artículo 43.- La convención colectiva de trabajo tiene las características siguientes: a) Modifica de pleno derecho los aspectos de la relación de trabajo sobre los que incide. Los contratos individuales quedan automáticamente adaptados a aquella y no podrán contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador.

(49) Dentro del concepto más amplio de la flexibilidad en la jornada de trabajo, encontramos al mecanismo denominado *banco de horas*, según el cual el trabajador que labora más allá del límite máximo semanal puede no ser inmediatamente retribuido a través de beneficios adicionales, llámese trabajo en horas extras, más bien acumula horas adicionales en una cuenta individual, desde la cual puede conocer cuantas horas de descanso compensatorio podrá disfrutar en las semanas subsiguientes del año, en donde, evidentemente, el requerimiento en el trabajo lo permita y así el trabajador pueda disfrutar de un horario menor al contractualmente previsto. Estos descansos se deducen de la cuenta del banco de horas del trabajador y sin afectar otros derechos laborales ya previstos Al término del período establecido, las eventuales horas todavía presentes en la cuenta del trabajador vendrán a ser retribuidas y eliminadas del banco de horas. La legislación italiana ha permitido la aplicación de dicho mecanismo, conforme lo estipulado en el quinto párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 66 del 8 de abril de 200. Al respecto, cfr. Allamprese, Andrea (2004). Lavoro straordinario. En Vito Leccese (a cura di), L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie, Wolters Kluwer Italia s.r.l – IPSOA, Milano, pp 258-261.

(50) Reglamento Texto único ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto supremo Nº 008-2002-TR, en su artículo 26 establece : "El acuerdo referido a la compensación del trabajo en sobretiempo con el otorgamiento de períodos equivalentes de descanso, a que se refiere el cuarto párrafo del Artículo 10 de la Ley, deberá constar por escrito, debiendo realizarse tal compensación, dentro del mes calendario siguiente a aquel en que se realizó dicho trabajo, salvo pacto en contrario."

artículo 4 del Convenio sobre las Horas de Trabajo de la OIT) y otras semanales en las cuales labore un menor número de horas; siempre y cuando, efectuado el cálculo total al finalizar dicho período, no se supere en promedio las cuarenta y ocho horas semanales reconocidas también como límite de la jornada laboral por la Constitución peruana.

Al respecto, la OIT, a través de la R116-Recomendación sobre la reducción de la duración del trabajo, 1962 (número 116), estableció en su numeral 17 que:

> *"Excepto en casos de fuerza mayor, deberían fijarse límites al número total de horas extraordinarias que pudieran efectuarse en un período determinado. Dichos límites deberían ser establecidos en cada país por la autoridad o el gobierno competente".*

A pesar de dicha recomendación y del tiempo transcurrido, el límite máximo a la jornada laboral diaria que incluya también al trabajo en horas extras aún se encuentra pendiente de ser legislado y aplicado en el Perú; por lo que, antes de establecer dicho límite, que debería considerarse *"razonable"* en su ejecución y aplicable solo en determinadas excepciones, el legislador (y a este punto también el empleador, a fin de poder hacer factible la multiperiodalidad de la jornada de trabajo de manera inmediata) debe evaluar con sumo detenimiento la intensidad de las actividades laborales que se ejecutan, el cansancio físico o mental que podría ocasionar y las consecuencias negativas que éste podría acarrear al trabajador y a la población en conjunto. Cuando más intenso sea el trabajo, mayor será su potencial generador de fatiga y cuando más graves sean las consecuencias negativas de ese cansancio, más bajo debería ser el límite *"razonable"* que se autorice para una excepción determinada (OIT, 2005: 67).

Ahora, respecto a establecer el pago por trabajo en horas extra, aplicadas a la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, estas vendrían a ser definidas como aquellas prestaciones ejecutadas fuera de las horas establecidas semanalmente en promedio (cuarenta y ocho horas), por lo que el trabajo en horas extras para este supuesto no podrá ser calculado en referencia a la simple jornada laboral diaria, sino una vez superado el límite de la jornada de trabajo semanal. La ejecución de dicho pago deberá realizarse al finalizar el período materia de cálculo.

VIII. CONCLUSIONES

La escasa participación de las organizaciones de trabajadores en el Perú ha permitido que, en las últimas décadas, las desigualdades en la relación laboral sean mucho más profundas; hecho que no sucede en otras realidades. Por ejemplo, en diversas naciones europeas se ha logrado la reducción de la jornada laboral semanal, sin afectar la remuneración del trabajador, dicho logro se ha producido como una consecuencia natural ante la presencia de la negociación colectiva dentro de la relación laboral y su autonomía normativa, que permite siempre, atendiendo y respetando el ordenamiento jurídico vigente, un mejoramiento en las condiciones laborales del trabajador; y por ende, también de la productividad y rentabilidad de la empresa.

Del mismo modo, la participación de las organizaciones sindicales en los contratos colectivos nacionales han permitido de algún modo negociar el instrumento de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, desde un plano más equilibrado, hecho que por el momento en la realidad peruana no puede darse, por lo que el contrato individual de trabajo se presenta como opción para su aplicación, porque mal se haría en condicionar la inclusión de este instrumento a la participación sindical, menos aún en una sociedad en donde las organizaciones de trabajadores no han alcanzado, por diversos factores, una presencia socio-laboral importante, como sí sucede en Europa, en donde el fenómeno sindical tiene ya un recorrido histórico, continuo e ininterrumpido de más de cien años. Lamentablemente en el Perú el concepto de sindicato como organización de trabajadores ha venido siendo desfigurado, perdiendo terreno frente a la fuerza que agrupa al empresariado, produciendo un desbalance que ya lleva décadas.

La materialización de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, se puede ejecutar de manera inmediata, en tanto esta solo requiere ser incluida dentro del contrato individual de trabajo en todas sus modalidades, los cuales se encuentran regulados por la ley, sea tanto en el sector público como en el privado, como lo hemos visto a lo largo del presente artículo, no existe norma expresa que la prohíba; por lo que, atendiendo a una realidad carente de una atención adecuada al trabajo en horas extras, urge su inclusión como una opción de solución a dicha problemática.

Finalmente, debemos señalar que la materialización de la multiperiodalidad en la jornada de trabajo traería múltiples ventajas, tanto para el empleador, el trabajador y la sociedad. Para el empleador, dicho modelo de organización de la jornada de trabajo le permitirían que las horas adicionales laboradas por sus trabajadores no sean calificadas todas como trabajo en horas extras, permitiendo una reducción del costo económico (desmonetización) que trae consigo dicha labor de temporalidad extraordinaria. Para el trabajador; primero, conocer con certeza y antelación cuál será su jornada real de trabajo; segundo, disponer de períodos de mayor descanso que le permitan disfrutar del único bien irrecuperable, el tiempo; tercero, un mejoramiento en las condiciones laborales en lo que respecta al trabajo en horas extras. A nivel social, acrecentar los niveles de formalización del empleo, evidentemente para hacer uso de este instrumento se debe primero que todo optar por la formalidad, resultando un incentivo para que aquellas empresas informales aclaren la condición laboral en la que sus empleados desarrollan sus actividades y de manera casi simultánea garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores. Téngase en consideración que, a menor explotación laboral mejora evidentemente la calidad de vida del trabajador y, por ende, la del ciudadano.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Abendroth, Wolfgang (1971). *Storia sociale del movimento operaio europeo.* Torino: Einaudi Editore S.P.A..

- Agote, Rubén, Otaegui, Eva (2007). «Descanso Semanal, fiestas y permisos». En Salvador del Rey Guanter (a cura di), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*. 2° Ed. Madrid: Wolters Kluwer España S.A.

- Allamprese, Andrea (2004). «Lavoro straordinario». En Vito Leccese (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*. Milano: Wolters Kluwer Italia S.R.L – IPSOA.

- Alonso Olea, Manuel (1984). Jornada de Trabajo y Temas Conexos, en *Revista de Política Social*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Enero-Marzo (141), Madrid.

- Arce Ortiz, Elmer (2013). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. 2° Ed. Lima: Palestra Editores S.A.C.

- Ballestrero, Maria Vittoria (1980). *Orario di lavoro.* Volumen XXX. En Enciclopedia del Diritto. Milano: Milano.

- Bellomo, Stefano (2017). «Orario di lavoro, riposi, ferie: i principi costituzionali, la normativa europea ed il quadro regolativo definito dal d.lgs. 8.4.2003, n. 66». En Giuseppe

- Santoro Passarelli (a cura di). *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*. 7º Ed. Milano: Wolters Kluwer Italia S.R.L..

- Blancas Bustamante, Carlos (2011). *La cláusula de Estado social en la Constitución: Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

- Bolego, Giorgio (2004). «Commentario al D.Lgs. N. 66/2003, come modificato dal D.Lgs. N. 213/2004». En Vito Leccese (a cura di). *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*. Milano: Wolters Kluwer Italia S.R.L – IPSOA.

- Bonazzi, Giuseppe (2008). *Storia del pensiero organizativo*. Milano: FrancoAngeli.

- Boyer Richard, MORAIS Herbert (2012). Storia del movimiento operario negli Stati Uniti, Casa editrice Odoya s.r.l., Bari.

- Carabelli Umberto, Leccese Vito (1995). Orario di lavoro: limiti legali e poteri della contrattazione collettiva. En Rev. Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali, n. 17. UTET, Torino.

- Carinci Franco, De *Luca Tamajo* Raffaele, TOSI Paolo, TREU Tiziano (2003). Diritto di Lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato, 5° Ed., Vol. 2, UTET, Torino.

- Casotti Alfredo, Gheido Maria Rosa (2009). Orario di lavoro, Wolters Kluwer Italia s.r.l., Milano.

- Cassì, Vicenzo (1956). La durata della prestazione di lavoro vol II, Giuffrè Editore, Milano.

- Colotti, Julio (1954). Régimen jurídico del descanso. Jornada de trabajo, descanso semanal, feriados, vacaciones anuales, pagas, condiciones especiales de trabajo, estatutos profesionales, Editorial Pulso, Buenos Aires.

- D'eufemia, Giuseppe (1953). L'orario di Lavoro e i Riposi. En Umberto Borsi y Ferruccio Pergolesi (a cura di), Tratatti di Diritto di Lavoro, Tomo III, Cedam, Padova.

- De Luca Tamajo, Raffaele (1987). Il Tempo di Lavoro (Il Rapporto Individuale di Lavoro). En Il tempo di lavoro, Atti del Giornate di studio AIDLASS, (Genova, 4-5 aprile 1986), Giuffré Editore, Milano.

- Detti Tommaso, Gozzini Giovanni (2002). L'Assemblea costituente e la rottura dell'unità antifascista. En Storia contemporánea. Il Novecento, Paravia Bruno Mondadori Editori, Milano.

- Ezquerra Escudero, Luis (2006). Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución, Editorial Atelier, Barcelona.

- Ferrante, Vicenzo (2008), Il tempo di lavoro fra persona e produttività, G. Giappichelli Editore, Torino.

- Ferrante, Vicenzo (2010). Orario e tempo di lavoro. En Franco Carinci y Alberto Pizzoferrato (a cura di). Diritto del Lavoro dell'Unione Europea, Wolters Kluwer Italia s.r.l., Milano.

- Giugni, Gino (2015). Diritto Sindacale, Cacucci Editore, Bari.

- Ichino, Pietro (1985). Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro, Giuffrè Editore, Milano.

- Kahn-Freund, Otto (1974). On uses and misuses of comparative law. En The Modern Law Review, 37(1):1-27.

- Leccese, Vito (2001). L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti, Cacucci Editore, Bari.

- Ludovico, Giuseppe (2011). Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale. En Rev. del Diritto e della Sicurezza Sociale, anno XI, N°2, pp. 401-434.

- Lunardon, Fiorella (2004). L'organizzazione dell'orario di lavoro tra tutela e flessibilità. La durata della prestazione lavorativa. En Giurisprudenza Piemontese. Unione Industriale Torino, pp. 345-374.

- Magano, Octávio Bueno (1992). Manual de direito do trabalho: Direito tutelar do trabalho, 2° Ed., v. 4, Editora LTR, São Paulo.

- Marrucci, Mauro (2012). Orario di lavoro e riposi, Giuffrè Editore, Milano.

- Napier, Brian (1992), Computerization and Employment Rights. En Industrial Law Journal, Vol 21, N° 1, March 1992, Oxford University Press, Oxford pp 1-14.

- Nascimento, Amauri Mascaro (1991). Curso de direito do trabalho, Editora Saraiva, São Paulo.

- Neves Mujica, Javier (2014). Límites al contenido de la negociación colectiva impuestos por el Estado a sus trabajadores. En Revista Themis, Año XXXXIX, N° 65, Asociación Civil THĒMIS, Lima, pp. 107-116.

- OIT, Organización Internacional del Trabajo (2005). Horas de trabajo ¿De lo fijo a lo flexible? OIT, Ginebra.

- Ojeda Avilés Antonio, Gorelli Hernández Juan y otros (1999). Diccionario Jurídico Laboral, Editorial Comares, Granada.

- Pasco Cosmopolis, Mario (1993). Jornada y descansos remunerados en el Perú. En Néstor del Buen (Coordinador), Jornada de trabajo y descansos remunerados, Editorial Porrúa S.A., Mexico D.F.

- Pera, Giuseppe (1996). Diritto del lavoro, Cedam, Padova.

- Rausei, Pierluigi (2012). Ispezioni e nuovo sistema sanzionatorio, Wolters Kluwer Italia s.r.l., Milano.

- Rendón Vásquez, Jorge (1991). Derecho del Trabajo, 2° Ed., Ediciones Tarpuy, Lima.

- Ricci Giancarlo (2008), Modelli e Tecniche di Flessibilizzazione dell'orario di lavoro in Gran Bretagna. En Rosario Santucci, Emilio Bellini y Mario Quaranto (a cura di), ICT e Lavoro Flessibile. Modelli organizzativi, contrattazione collettiva e autonomia individuale, Franco Angeli, Milano.

- Sandulli, Pasquale (1990). Orario di Lavoro. En Enciclopedia Giuridica, XXI, Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani S.P.A., Roma.

- Scarponi, Stefania (1998). Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro, Giuffrè Editore, Milano.

- Scognamiglio, Renato (1996). Scritti giuridici, Cedam, Padova.

- Sennett, Richard (2016). L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale, 11° Ed., Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milano.

- Tiraboschi Michele, RUSSO Alberto (2003), Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104/CE. En Guida al Lavoro, N° 17.

- Toyama Miyagusuku, Jorge (2011). Derecho Individual de Trabajo, Gaceta Jurídica, Lima.

- Vallebona, Antonio (2015). Breviario di Diritto del Lavoro, 9° Ed., G. Giappichelli Editore, Torino

- Vinatea Recoba, Luis (2000). Posición competitiva empresarial y flexibilidad. La normativa laboral peruana y su relación con la competitividad empresarial. En Estudios sobre la flexibilidad en el Perú, Documento de Trabajo N° 124, Oficina de área y equipo técnico multidisciplinario para los Países Andino de la OIT, pp. 265-285.

- Villavicencio Rios, Alfredo (2010). La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación, Programa Laboral de Desarrollo - Plades, Lima.

- Vitantonio, Nicolás (2001). Doctrina Judicial Laboral, Editorial Juris, Rosario.

BREVE ENSAYO SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA JORNADA DE TRABAJO Y LO QUE DEBERÍAMOS SABER SOBRE EL PRIMERO DE MAYO

Renato Porras Nicho[1]

(PERÚ)

RESUMEN

El derecho fundamental a la jornada de trabajo sigue siendo hasta la actualidad uno de los derechos laborales más importantes y que, sin embargo, demuestra que los derechos de los trabajadores no son tan inherentes a la condición humana. Los derechos laborales no han sido producto de la gracia y buena voluntad de los Estados, sino que, por el contrario, han sido arrancados por la clase trabajadora, a través de largas y penosas luchas.

INTRODUCCIÓN

Los estudiantes de Derecho, abogados, juristas y demás involucrados en el estudio y desenvolvimiento del Derecho del

(1) Asistente de catedra de los cursos de Derecho del Trabajo en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Trabajo debemos saber, cuanto menos, las verdaderas implicancias que tuvo la conquista de las ocho horas como jornada máxima de trabajo. Asimismo, debemos saber contrastar esta etapa histórica con nuestro presente, aterrizando sobre una realidad concreta: la sociedad peruana, que tiene como principal característica, incumplir las normas laborales, en específico, las referidas a la jornada de trabajo. Y pues, a efectos de un mejor entender, sólo por razones metodológicas, se irá del presente al pasado hasta el origen de la conquista de las ocho horas de trabajo: **la muerte de aquellos que únicamente reclamaban ser tratados como seres humanos**.

I. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA JORNADA DE TRABAJO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

La jornada de trabajo actualmente tiene rango constitucional, esto es, que se encuentra regulado expresamente en el artículo 25° de nuestra actual Constitución Política[(2)]. Además, se encuentra regulado en el T.U.O. de la Ley de Jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo, norma que unifica en un solo cuerpo legislativo todo lo relacionado a este derecho fundamental[(3)]; reglamentada por el D.S. 008-2002-TR.

1. Noción de jornada de trabajo

Debemos tener claro que el contrato de trabajo, al ser de ejecución continua, se ejecuta en el transcurso del tiempo. Sin embargo, esto no significa que el trabajador se encuentra materialmente a disposición del empleador durante las veinticuatro horas del día, sino, sólo durante determinados períodos al día, a la semana y al mes. Tal y como señala RENDÓN VÁSQUEZ[(4)]:

> *Hay, pues períodos en los cuales el trabajador se halla obligado a prestar servicios, intercalados por períodos durante los cuales no tiene esa obligación. A los primeros se les denomina jornada de trabajo, y a los segundos descansos, aunque, en este caso, se diría, más bien, que se trata de tiempo libre no comprendido en el contrato*

(2) Artículo 25.- La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.
Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.

(3) En principio, la jornada de trabajo estaba regulada en el **D.L.854, del 01 de octubre de 1996**, dada por el ex – Presidente Alberto Fujimori (actualmente sentenciado por delitos de lesa humanidad, peculado, usurpación de funciones, entre otros delitos), norma que deroga el D. Ley N° 26136, vigente desde 1992, año del Autogolpe de Estado, que puso fin a la democracia burguesa. Más adelante fue modificada por la **Ley N° 27671, del 03 de julio del 2002**, en el gobierno de Alejandro Toledo. Finalmente, en julio del mismo año [2002], Alejandro Toledo unifica ambas normas (D.L. 854 y Ley N° 27671) en el D.S. 007-2002-TR, vigente hasta el día de hoy.

(4) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo. Relaciones individuales en la actividad privada*. Lima: editorial Tarpuy, 1991, pp. 168.

Entonces, podemos decir que la jornada de trabajo es el tiempo real y efectivo del trabajador, puesto a disposición de su empleador, en el que despliega su fuerza física e intelectual en favor de éste último, a cambio de una remuneración justa, equitativa y suficiente. Por lo tanto, el tiempo que utiliza el trabajador para consumir sus alimentos [*horario de refrigerio*] no forman parte de la jornada de trabajo, así como el descanso semanal obligatorio ni el descanso anual por año de servicio. Así lo entienden uniformente diferentes juristas.

Jorge Toyama Miyagusuku, señala que: "***la jornada de trabajo puede entenderse como el tiempo diario, semanal, mensual y en algunos casos anual que debe destinar el trabajador, en el marco de una relación laboral***"(5). Según Manuel Alonso Olea: "***se entiende el tiempo que cada día-hoy…, cada semana o cada año – ha de dedicar el trabajador a la ejecución del contrato de trabajo; el tiempo de trabajo diario, semanal o anual***"(6), entre otros.

2. La necesidad biológica de una jornada limitada

El trabajador no es una máquina que produce indiscriminada e ininterrumpidamente. Su constitución biológica sólo le permite ejecutar la actividad mental y física en períodos determinados y cuya duración está dada por la aparición de la fatiga. Por tanto, si el trabajo es de una gran intensidad, la fatiga es mayor y, si el trabajo se prolonga más allá de la capacidad normal de resistencia de la persona su acumulación será aún mayor, disminuyendo la rapidez de las reacciones mentales y físicas, y haciendo más penosa la labor a medida que el tiempo avanza. La limitación de la jornada constituye, por tanto, un límite para impedir que el trabajador sea materialmente destruido por la fatiga, pues, la acumulación de ésta durante períodos prolongados termina por dañar el organismo muchas veces irreversiblemente(7). Así, se determinó que toda persona debe dedicar 08 horas a su trabajo, 08 horas a su familia y 08 horas a su descanso.

Conforme a lo expuesto, debe y tiene que establecerse parámetros constitucionales a efectos de proteger este derecho fundamental. Y como quiera que son las cosas, es el Tribunal Constitucional, fiel garante de la Constitución, la institución encargada de establecerlo.

II. LA JORNADA DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En efecto, el Tribunal Constitucional, a lo largo de su desarrollo, ha emitido una serie de sentencias que han delineado el contenido esencial de este derecho fundamental,

(5) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral* en Gaceta Jurídica. 1° edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 384.
(6) ALONSO OLEA, Manuel y CASA BAAMONDI, Maria Emilia. *Derecho del Trabajo*, 19° edición. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 269.
(7) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Op. Cit., p. 169.

resaltando entre ellas, el precedente vinculante de la sentencia recaída en el Expediente 04635-2004-AA/TC.

Esta extensa sentencia tiene, de un lado, al Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos como parte demandante; y como parte demandada a Southern Perú Copper Corporation; solicitando que se deje sin efecto las jornadas obligatorias de doce horas diarias de trabajo durante cuatro días seguidos por tres descansos impuesta por la empresa desde abril de 2000 y, por tanto, se restituya la jornada de ocho horas diarias de trabajo. En primera instancia el juez resuelve declarar IMPROCEDENTE LA DEMANDA, pues los sistemas cuestionados no son contrarios a la Constitución, problema resuelto por el mismo Tribunal Constitucional en otra sentencia[8]. La segunda instancia CONFIRMA LA SENTENCIA por considerar que el proceso de amparo no es la vía idónea, correspondiendo a los juzgados laborales solucionar este tipo de controversias.

En principio, el Tribunal Constitucional señala que ***la jornada de trabajo de ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales son prescritas como máximas en cuanto a su duración***. Sin embargo, ***es posible trabajar más de ocho horas diarias y cuarenta y ocho por semana, siempre que en un período de tres semanas [o un período más corto], no exceda de ocho horas diarias ni cuarenta y ocho por semana***, lo que dependerá del tipo de trabajo que realice y siendo siempre una EXCEPCIÓN**.** Por otro lado, señala que, si bien la ley establece como jornada máxima de trabajo ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, tampoco no obliga a que siempre y en todas las actividades laborales se establezca dicho máximo.

En otro extremo de la sentencia, el Tribunal Constitucional señala que, para que la jornada laboral sea compatible con la Constitución, ***deberá considerar que las personas tienen derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre***; entonces, la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable. En el caso de autos, la empresa otorga un tiempo de 30 minutos de refrigerio, por tanto, se ve seriamente restringido este último derecho[9]**.**

En el caso de jornadas atípicas – continúa el Tribunal Constitucional – no pueden superar el promedio de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas o menos. El Tribunal Constitucional señala así, en el numeral 28° de la sentencia, lo siguiente:

(8) El Juzgado Mixto de Jorge Basadre (JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA) hace alusión a la sentencia recaída en el Expediente N° 1396-2001-AA/TC, que tiene las mismas partes, esto es, el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y anexos contra la empresa Southern Perú Copper Corporation; sentencia que no merece mayor comentario por considerarla incongruente y alejada al criterio jurisprudencial en torno al derecho a la jornada de trabajo. El Sindicato, persistiendo, interpone nuevamente su demanda de amparo, lo que da como resultado el precedente vinculante materia de análisis.

(9) La ley señala que el descanso por refrigerio debe durar cuanto menos 45 minutos ininterrumpidos [artículo 7° de la Ley de Jornada de Trabajo]

> *28. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que, en el caso particular de los trabajadores mineros,* ***la jornada razonable de trabajo no puede ser mayor de ocho horas diarias y debe considerar una jornada semanal razonable,*** *atendiendo a las específicas condiciones laborales de los trabajadores mineros, que han sido descritas a lo largo de la presente sentencia; y que, en este caso concreto, se caracterizan por un despliegue mayor de fuerza física, esto es, doce horas durante 4 días seguidos y en algunos casos hasta 5 días, en un contexto de alto riesgo para su salud, de trabajo físico a más de 3,500 m.s.n.m., de alimentación deficiente y mayor exposición a los polvos minerales, con el consiguiente deterioro de la esperanza de vida.*

Asimismo, afirma categóricamente en el numeral 35° de la sentencia:

> *35. Un sistema de turnos de trabajo como el implementado por la demandada* ***no es compatible con el parámetro constitucional descrito, puesto que afecta la dignidad de las personas****, principio-derecho que reconoce el artículo 1º de la Constitución, y constituye, en el mediano plazo, una acelerada disminución de la esperanza de vida y una amenaza del derecho a la vida de los trabajadores mineros. Esto se torna especialmente incompatible con la obligación constitucional de todos – Estado, Empresas y personas– de defender y promover el derecho fundamental a la vida, reconocido en el artículo 2º inciso 1.º de la Constitución. Adicionalmente, la jornada laboral cuestionada tampoco es compatible con el derecho a la protección del medio familiar.*

Por lo tanto –concluye el Tribunal Constitucional– que la jornada de 12 horas diarias para los trabajadores mineros y toda aquella disposición que imponga una jornada mayor a la ordinaria de ocho horas para los trabajadores mineros, es incompatible con la Constitución y demás tratados internacionales ratificados por nuestro país[10]; razón por la cual resuelve declarando **FUNDADA LA DEMANDA** y ordenando a la demandada, restituya la jornada laboral de ocho horas diarias.

Conforme a lo expuesto, podemos concluir que el respeto del derecho a la jornada máxima debe y tiene que ser exigido por los trabajadores y respetado por la parte empleadora, por el Estado, por los jueces, entre otros. A pesar que nos encontramos en un nuevo milenio, donde se exalta con especial desenfreno el respeto de los derechos fundamentales; en materia laboral, se mantiene la constante histórica hasta el día de hoy: *el respeto de los derechos laborales dependerá sólo de los trabajadores, de su perseverancia, su constancia y, desplegando todo su potencial organizativo, doblegar la voluntad de su contraparte y así, poder arrancar algún derecho más o, simplemente,*

(10) Respecto a la regulación internacional de la jornada de trabajo, tenemos el Convenio N° 001 de la OIT, el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador)

que se respete los ya obtenidos. Esto es lo que nos enseña un lejano primero de mayo de 1886.

III. LA JORNADA DE TRABAJO COMO CATEGORÍA HISTÓRICA: EL PRIMERO DE MAYO DE 1886

El primero de mayo conmemora uno de los eventos más dramáticos de la historia del sindicalismo mundial, cuyas repercusiones se hicieron sentir en todo el mundo pero que, poco a poco se ha ido olvidando. En 1886, Estados Unidos se vio sacudido por una serie de huelgas exigiendo las ocho horas de trabajo diarias, lo que obtuvo como respuesta una violenta represión, terminando con la ejecución de cuatro importantes dirigentes obreros: **August Spies**, **Albert Parsons**, **George Engel** y **Adolf Fisher**.

Los hechos se dieron en la ciudad de Chicago, "*una ciudad pujante, que entre las décadas de 1870 y 1890 creció a un ritmo acelerado (...) en esa época, al menos el 40% de la población de Chicago había nacido en el extranjero*"[(11)].

Siguiendo a GUTIERREZ DANTON, por el año 1871 hubo un gran incendio que destruyó Chicago casi por completo, lo que produjo un importante crecimiento económico, pues la ciudad pasó de ser primordialmente comercial a un centro dinámico industrial, siendo las principales industrias la carne, metalurgia, maquinaria pesada, textil e imprenta. Sin embargo, también eran años de gran violencia de clase:

> *"(...) los trabajadores eran fuertemente frecuentemente reprimidos por la más mínima demanda, el espíritu colectivo era constantemente aplastado y destrozado mediante la criminalización de toda forma de organización y de toda acción mancomunada para que los trabajadores mejoraran su condición social*[(12)].

En esa época, las huelgas – motivadas por lo general por el hambre y la desesperación – eran fuertemente reprimidas, con varios trabajadores muertos tras de sí. La clase obrera, cansada de ver su protesta ahogada en sangre, comenzó a agruparse y a responder con el mismo nivel de violencia. La respuesta de los capitalistas y de las autoridades, como se puede suponer, fue brutal.

1. La Gran Huelga del 1° de mayo de 1886

Es desde finales del año 1885 que los ánimos de los trabajadores por realizar una huelga general empiezan a ser materializados. Así, la Federación de Sindicatos y Organizaciones Gremiales de EE.UU. y Canadá decidieron declarar que desde el 1° de mayo

(11) GUTIERREZ DANTÓN, José Antonio. *Los mártires de Chicago: Historia de un crimen de clase en la tierra de la "Democracia y la Libertad"* en *Los orígenes libertarios del primero de mayo: del Chicago a América Latina (1886-1930).* Chile: Editorial Quimantú, 2010, p.13.

(12) Ibidem, p. 15.

de 1886 se establecería la jornada de ocho horas y que todos los medios para obtener ese fin eran válidos, aún la huelga general. La huelga continuó hasta el fatídico 04 de mayo en Haymarket. GUTIERREZ DANTON lo describe de la siguiente manera[13]:

> *"Cuando éste último [Samuel Fielden]estaba a punto de terminar su arenga a las 10:30 de la noche, debido a que parecía que llovería en cualquier momento, y cuando no quedaban más de 300 asistentes, apareció, súbitamente, una patrulla de 175 policías que bajo el mando del inspector Bonfield, dando orden de que la manifestación fuera suspendida. Fielden protestó diciendo que la manifestación era pacífica, el Capitán Ward insistió prepotente y agresivamente en que la manifestación fuera suspendida, a lo cual un asistente no identificado respondió arrojando una bomba que mató instantáneamente a un policía, dejando heridas a varias decenas de ellos. La policía, confundida, respondió disparando atolondradamente, a lo cual algunos obreros respondieron con tiros, pero la mayoría sencillamente arrancó y trató de salvar su pellejo ante la lluvia de balas policiales. Al final de esta escena, que duró tan sólo un par de minutos, yacían en el suelo más de sesenta oficiales heridos (la mayoría de ellos por las balas de sus propios camaradas que disparaban atolondradamente) y uno muerto. Posteriormente, la cifra de muertos en la policía sería de siete oficiales muertos. Del lado de los trabajadores, se estima que murieron entre cuatro y ocho, aun cuando jamás se sabrá a ciencia cierta"*

2. La persecución y muerte de los mártires de Chicago

Sea cual sea el origen de la bomba, cierto es que los empresarios y el Estado aprovecharon para iniciar la persecución y muerte de los principales dirigentes del movimiento. Luego de la huelga, se decretó ley marcial y se desató una persecución sobre los anarquistas y, en general, sobre todos los sectores organizados de la clase obrera. Así, fueron tras Albert Parsons, August Spies, Samuel Fielden, Michael Schwab, Oskar Neebe, George Engel, Adolf Fischer, Louis Lingg y Rudolph Schanaubelt[14]; dirigentes anarquistas, líderes de la clase obrera, a quienes acusaron sin ninguna prueba.

El juicio –señala Gutierrez Dantón– fue una parodia de justicia. Nunca hubo ninguna prueba contundente y la única prueba en su contra fue que *algunos artículos incendiarios escritos en la prensa anarquista de esos años "podrían" haber incitado a quien arrojó la bomba a hacerlo*. La parte acusadora, desde el comienzo, fue clara que a estos hombres se les juzgaba en su condición de anarquistas y líderes del movimiento obrero en Chicago, no porque la "evidencia" los inculpara de manera alguna.

(13) Ibidem, p.33.

(14) La justicia norteamericana acusó sin pruebas a Schanaubelt de ser el autor de lanzar la bomba el 04 de mayo en Haymarket; sin embargo nunca lo pudieron atrapar. Se dice que escapó a Inglaterra y de ahí radicó en Argentina, hasta el fin de sus días.

Finalmente, el **11 de noviembre de 1887**, Spies, Parsons, Engel y Fischer [Louis Lingg decidió suicidarse en la celda, prefiriendo morir por mano propia, a su manera, a morir en la horca] fueron ejecutados mediante la horca, a las 12:06pm, tras 07 minutos de contorsiones por estrangulamiento[15].

Es en honor a la Gran Huelga iniciada el 1° de mayo de 1886 y sus mártires que prefirieron morir en la horca a escapar y condenar al estupro histórico a un movimiento que únicamente exigía condiciones humanas; que, año a año, paulatinamente, los países del mundo, empezaron a conmemorar y celebrar este día, como un día de lucha, de reivindicación, de reflexión.

3. Reflexión final

Más que la violencia, hiere el olvido. Y eso es lo que hace relevante el ejercicio de escribir la historia de los de abajo, ahora, más que nunca, que parece que ésta historia está condenado al olvido más absoluto. Pero pese a la amnesia colectiva impuesta por las clases dominantes, en ese momento mediante la sangre y el fuego, ahora a través de los medios de comunicación y la precaria educación [y, siempre que se desborde, acudiendo a la represión], la herencia de Chicago sobrevive cada vez que surge una protesta laboral, pues pese a todo, este movimiento representa el acto fundacional que ha conquistado uno de los derechos más importantes del mundo: *la jornada de trabajo*.

IV. CONCLUSIONES

1. El derecho fundamental a la jornada de trabajo actualmente tiene rango constitucional, regulado en el artículo 25° de nuestra Carta Magna; protegido además por normas internacionales, tales como: el Convenio N° 001 de la OIT, el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), entre otros.
2. La jornada de trabajo como derecho fundamental ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional, quién en su precedente vinculante recaído en la sentencia N° 04635-2004-AA/TC ha señalado que la jornada de trabajo debe ser de ocho horas diarias o cuarenta y ocho por semana y que, solo por excepción, puede trabajarse más de lo señalado, siempre que en el período de tres semanas [o un período más corto], no exceda de ocho horas diarias ni cuarenta y ocho por semana. Además que, debe respetarse los periodos de descanso y los que no forman parte de la jornada de trabajo, tales como el horario de refrigerio, que no podrá ser menor a 45 minutos ininterrumpidos.
3. El precedente vinculante del Tribunal nos demuestra que, aun a pesar del rango constitucional de este derecho, hasta el día de hoy no se respeta y, dependerá de la

(15) GUTIERREZ DANTÓN, José Antonio. Op. Cit., p. 40 y ss.

perseverancia y persistencia de las organizaciones sindicales de hacerlo respetar, ya sea a través de la vía judicial, constitucional o a través de la acción directa.

4. El primero de mayo de 1886 es un episodio dramático de la historia del movimiento sindical del cual debemos sacar muchas reflexiones: jurídicas, históricas, políticas, sociales; y que, sin embargo, va quedando en el olvido. Por tanto, es nuestra responsabilidad darlo a conocer y aprender que, los derechos laborales se exigen, tanto para obtenerlos como para hacerlos respetar. Debemos recordar a los mártires que han dejado hasta la actualidad su legado: *el derecho fundamental de a la jornada de trabajo.*

EL TRABAJO DECENTE EN EL PERÚ Y LA EFICACIA DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DE LA OIT[1]

Luis Alberto Serrano Díaz[2]
(Perú)

PALABRAS CLAVE: Trabajo Decente-Convenios Internacionales OIT- Organización Internacional del Trabajo-Nuevo Concepto de Trabajo Decente- Inspección de Trabajo- Reformas Laborales.

En el presente artículo me referiré al Trabajo Decente en el Perú, la eficacia de los convenios internacionales OIT, la Inspección de Trabajo y las reformas de los sistemas de inspección

(1) Artículo escrito como homenaje a la gran labor docente durante 25 años en la Cátedra Universitaria de mi colega Profesor Dr. Omar Toledo Toribio.

(2) Docente de la catedra de Derecho del Trabajo Individual en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos-UNMSM. Supervisor Inspector del Trabajo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral SUNAFIL. C.P.C. UNAC, Posgrado de Trabajo Decente y Futuro del Trabajo OIT-ITC Turín Italia; Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social - Pontificia Universidad Católica del Perú- PUCP; Doctorando en Derecho y Ciencia Política Universidad Nacional Mayor de San Marcos-UNMSM; Posgrado de Gerencia en la Administración Pública –ESAN; Curso Internacional de Estudios Avanzados en Derecho Social - Universidad de Salamanca España; Curso en la Escuela Latinoamericana de la Universidad Complutense de Madrid. Integrante del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-ILTRAS y de la Asociación Iberoamericana de Juristas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social Guillermo Cabanellas; Integrante de la Comunidad para Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional-CIELO.

en el ámbito internacional. Me referiré también a la creación o fortalecimiento de un sistema de inspección con un ente rector de la inspección de trabajo en el país sobre la base de reformas y modificaciones laborales y en función de la nueva definición propia que postulamos del Trabajo Decente.

1. SURGIMIENTO DEL TRABAJO DECENTE

La globalización significó una serie de cambios en la sociedad como en la forma de producción y en el trabajo o empleo, es la causa por la que surge el Trabajo Decente como objetivo de la OIT, pues la globalización si bien produjo ventajas también significó desventajas, por una parte el desarrollo sobre todo comercial y tecnológico como ventajas y por la otra parte el desempleo, la pobreza y desigualdad son las desventajas.

En relación a la globalización y cambios Malva Espinoza, indica que: *Afirmar que la globalización ha producido transformaciones sustantivas en las relaciones laborales es un hecho que no precisa de grandes medios de prueba. Si se analiza lo que ha acontecido en el ámbito del trabajo se encontrará que hay un conjunto de temas recurrentes que se reiteran en los diagnósticos sobre lo laboral en los debates sobre las tendencias de los cambios productivos, en las preguntas relevantes sobre el empleo y en las condiciones de trabajo y, particularmente, en las tensiones por las que atraviesan los actores de la relación laboral, tanto desde la perspectiva de las empresas como desde la de los trabajadores.*

Estos cambios aluden por lo menos a las siguientes tendencias:

a) Cambios en el empleo, con una tendencia creciente a altas tasas de desempleo y precarización del mismo.

b) Flexibilización en el mercado de trabajo, con una tendencia creciente a la inestabilidad del empleo y a altas tasas de rotación.

c) Cambios en la normativa laboral, con una tendencia creciente a la desprotección de la parte laboral.

d) Reestructuración de los sistemas de seguridad social (fondos de retiro, seguro de desempleo, prestaciones de salud), con una tendencia creciente a segmentar la oferta y la cobertura y a aumentar los niveles de exclusión.

e) Debilitamiento del sindicalismo y de las negociaciones colectivas, con una tendencia creciente hacia la pérdida de derechos adquiridos y/o una disminución de las exigencias reivindicativas.

f) Debilitamiento del rol del Estado como asignador de recursos y como agente redistributivo del ingreso, con una tendencia creciente a dejar que sea el mercado el que regule el empleo, los salarios y las prestaciones sociales.

g) Fortalecimiento de la autonomía empresarial no sólo para la toma de decisiones económicas, sino también para definir unilateralmente las condiciones de trabajo y de salarios y los márgenes de rentabilidad que quieren alcanzar para sus negocios"[3]

En este contexto y es que la Organización Internacional del Trabajo (En adelante OIT), para hacer frente a este problema plantea el concepto del Trabajo Decente, el cual surgió en la Conferencia Nº 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en junio de 1999. Su Director General, Juan Somavía, declaró entonces que "el objetivo primordial de la OIT es promover oportunidades para que las mujeres y los hombres consigan un Trabajo Decente y productivo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana".

Es así que para la OIT, el Trabajo Decente debería constituir la esencia de las estrategias globales, nacionales y locales para lograr el progreso económico y social. Es indispensable para reducir la pobreza, y como medio para alcanzar un desarrollo equitativo, global y sostenible. A partir de ese enfoque, el concepto de Trabajo Decente fue adoptado por la comunidad internacional como base de una estrategia destinada a conseguir un desarrollo sostenible y centrado en las personas. Para eso, se basa en la creación de empleo, en los derechos de los trabajadores, en la igualdad entre hombres y mujeres, en el acceso a la protección social y en el diálogo social.

El Trabajo Decente implica, además, oportunidades de trabajo productivo y con un ingreso justo; brindar seguridad en el lugar de trabajo y protección social para los trabajadores/as y sus familias. El Trabajo Decente supone mejores perspectivas para el desarrollo personal y favorecer la integración social; brinda a las personas libertad de expresar sus opiniones, organizarse y participar en la toma de decisiones que inciden en sus vidas y garantiza la igualdad de oportunidades y de trato para todos y todas.

2. CONCEPTO DE TRABAJO DECENTE

El concepto de Trabajo Decente es complejo y aún en construcción, la propia OIT no ha terminado por definirlo plenamente, pues este ha tenido algunas variaciones en el tiempo desde su creación, por su parte la doctrina también ha realizado algunas definiciones a partir de los alcances que la OIT brinda.

Aparece una primera definición en la Memoria del Director General a la Conferencia Internacional del Trabajo de 1999 como: "trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social sumándose a ello el tripartismo y el diálogo social".

El mismo documento también da a entender que el Trabajo Decente está relacionado con los cuatro objetivos estratégicos fijados para el programa de la OIT para 2000-2011,

(3) Espinoza Malva. Trabajo decente y protección social. Eje para la acción sindical. Oficina Internacional de Santiago, 2003. Pág. 1.

que se supone, tenderían a la consecución de un Trabajo Decente. Estos cuatro objetivos estratégicos son: a) la promoción de los derechos laborales; b) la promoción del empleo: c) la protección social contra las situaciones de vulnerabilidad y d) el fomento del diálogo social.

La necesidad de abordar y atender la dimensión social de la globalización, genera el surgimiento del concepto de Trabajo Decente(4).

Espinoza, Malva señala que es posible distinguir hasta dos nociones de Trabajo Decente:

> *Una primera noción de "Trabajo Decente" es la que plantea la OIT en 1999, definiéndolo como el "trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social" (OIT, 1999a). En esta se señala que éste debe orientarse hacia los cuatro objetivos estratégicos de la OIT que son: a) la promoción de los derechos laborales; b) la promoción del empleo; c) la protección social contra las situaciones de vulnerabilidad, y d) el fomento del diálogo social (OIT, 1999a, págs. 4-5).*
>
> *Primera noción "Trabajo Decente"*
>
> *a) Trabajo productivo.*
>
> *b) Con protección de derechos.*
>
> *c) Con ingresos adecuados.*
>
> *d) Con protección social.*
>
> *e) Con presencia del tripartismo y del diálogo social (OIT, 1999a, págs.15-16)*
>
> *Una segunda noción de "Trabajo Decente" (OIT, 1999a) lo define: "como un empleo de calidad que respete los derechos de los trabajadores y a cuyo respecto se desarrollen formas de protección social".*

En relación a la primera definición se sustituye la idea de trabajo productivo por la de empleo de calidad; no aparece la referencia a los ingresos adecuados, que puede considerarse subsumida en la de calidad del empleo. Tampoco figura la referencia al tripartismo y el diálogo social, aunque ésta también podría considerarse incluida en el respeto a los derechos de los trabajadores.

(4) La OIT advirtió la necesidad de hacer algo para evitar cuando menos limitar, los efectos perniciosos generados por la globalización. Es ese pues, el contexto en que surge el concepto de trabajo decente. CORNEJO VARGAS, Carlos, Surgimiento y concepto del trabajo decente, en Asesoría Laboral, Lima Octubre 2009.

En documentos posteriores se incluye la formación profesional, tema que en la sociedad contemporánea deviene en un componente fundamental del "Trabajo Decente", toda vez que se relaciona de manera directa con la no-discriminación, la igualdad de oportunidades, la empleabilidad y otras exigencias del contexto socioeconómico, para no caer en situaciones de exclusión de los mercados de trabajo.

Elementos de la segunda noción

a) Empleos de calidad (en reemplazo de trabajo productivo).

b) Con respeto a los derechos de los trabajadores.

c) Incluye formas de protección social ligadas al empleo.

> *Con posterioridad, se relaciona íntimamente a la libertad sindical con el "Trabajo Decente", considerando a aquella como condición y carácter esencial de éste. Este documento comienza destacando "el cometido crucial de la libertad sindical y de la negociación colectiva" para alcanzar el objetivo de un "Trabajo Decente" (OIT, 2000)*[5]

El Centro Interamericano de Investigación y Documentos sobre Formación Profesional señala que el Trabajo Decente puede presentársele como un concepto integratorio que involucra y articula diversos objetivos, valores y políticas, o como un concepto dinámico cuyo contenido evoluciona con el progreso social y económico de un país dado[6].

El destacado profesor uruguayo Oscar Ermida, señaló que en relación al Trabajo Decente, "se trata de un concepto en construcción de profundo contenido ético y que tiende a resaltar la importancia de los derechos del trabajador y de la calidad de las condiciones de trabajo. El Trabajo Decente no puede ser sino el trabajo en cantidad y calidad suficientes, apropiadas, dignas y justas, lo que incluye el respeto de los derechos, ingresos y condiciones de trabajo satisfactorias, protección social y un contexto de libertad sindical y dialogo social"[7].

Egger y Sengenberger indican que el Trabajo Decente "se presenta como un anhelo, una meta y marco político, estas tres dimensiones están fuertemente interrelacionadas"[8]

> *Gofrey propone que existe Trabajo Decente cuando: "las oportunidades para encontrar trabajo, son para todos; esto incluye el autoempleo, el*

(5) Espinoza, Malva. Ob. Cit. Pág. 3.

(6) Centro Interamericano de Investigación y Documentos sobre Formación Profesional-CINTERFOR. Formación para el trabajo decente. Montevideo. 2001. Pág. 13.

(7) Ermida Uriarte, Oscar. Trabajo Decente y formación Profesional. CINTERFOR. Montevideo, 2001. En Hugo Barreto Ghione. Concepto y dimensiones del trabajo decente: entre la protección y la participación de los trabajadores en la empresa. Revista de derecho laboral N° 204. Montevideo, 2001.

(8) Philippe Egger y Werner Sengenberger. Problemas y políticas del trabajo decente. Boletin N° 151, Trabajo decente y Formación Profesional. Centro Interamericano de Investigación y documentación sobre formación profesional – CINTERFOR, Montevideo, 2001. Pág.28.

trabajo doméstico, y tanto el empleo asalariado en los sectores formales, cuanto el empleo informal. Cuando el trabajo es elegido en libertad, lo cual deja fuera de toda consideración al trabajo forzoso y toda forma de trabajo infantil; siempre que el trabajo sea justamente remunerado; cuando hay equidad en el trabajo, incluyendo ello la protección social y finalmente, cuando se respeta a los trabajadores, se les permite participar, expresar libremente sus preocupaciones y reclamos; en síntesis, asociarse para poder opinar y decidir acerca de sus condiciones de trabajo'[9]

En opinión de Carlos Cornejo el concepto Trabajo Decente: "*es aquel que se genera basado en el principio de causalidad (a plazo indefinido o temporal); que se ejecuta en una jornada razonable; que se remunera de manera adecuada; en el que se reconocen derechos a horas extras, descanso semanal, vacaciones, etc.); que se ejecuta en un ambiente de trabajo seguro y saludable; en el que se recibe capacitación y formación laboral; que se ejecuta con cobertura previsional y de salud; y que autoriza al ejercicio pleno de los derechos colectivos (sindicación, negociación colectiva y huelga)*[10]

Cabe también destacar las palabras sobre, Trabajo Decente, indicadas por **Nelson Mandela**. "*el Trabajo Decente se consigue gracias a la afirmación de la dignidad personal, a la existencia de democracias que están al servicio de las personas y al crecimiento económico, que brinda oportunidades de trabajo productivo y de desarrollo empresarial [...] el Trabajo Decente supone el derecho, no sólo a sobrevivir, sino también a prosperar y a lograr una calidad de vida digna y satisfactoria. Todas las personas deben poder disfrutar de este derecho, confiamos en que la OIT seguirá luchando para que el Trabajo Decente sea una realidad mundial* (Nelson Mandela, mensaje a la conferencia internacional del trabajo de 2007).

El Trabajo Decente cada vez adquiere mayor relevancia en el mundo entero, tal es así que hoy es parte de los 17 objetivos de desarrollo sostenible ODS, planteados por Naciones Unidas para transformar nuestro mundo, así el Trabajo Decente está considerado en el ODS número 8: promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.

3. NUEVA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE TRABAJO DECENTE

Es importante recordar que la OIT señala que el concepto de Trabajo Decente es un concepto en construcción y se ajusta a la naturaleza de cada país en ese sentido habiendo revisado la doctrina e investigado la realidad nacional es que postuló una definición

(9) Godfrey, M. Employment dimensions of decent work: trade-offs and complementaries. IILS DP/148/2003, Suiza. En trabajo decente : significados y alcances del concepto. Indicadores propuestos para su medición. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Argentina. Trabajo realizado por María Estela Lanari en el marco del Proyecto PNUD 04/034.

(10) Cornejo Vargas, Carlos. El trabajo decente en el Perú. Tesis para optar el Titulo de Magister. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2010.

sobre el Trabajo Decente, en los siguientes términos **: "Trabajo Decente es aquel en el que la dignidad de la persona es respetada a plenitud, por consiguiente se respeta sus derechos fundamentales, se otorga a cambio un salario justo, se promueve la negociación colectiva y el diálogo social, se respeta la integridad y salud del trabajador, en los diferentes tipos de empresas, sean micro, pequeñas, medianas y grandes empresas o con independencia de la dimensión e ingresos económicos de las mismas".**

Lo esencial aquí es el respeto de la dignidad de la persona algo consustancial e inmanente al ser humano, lo cual debe ser conocido, interiorizado y sobre todo practicado por los diferentes actores sociales, Empleadores, Trabajadores y Estado; Así como por cada uno de los ciudadanos de nuestro país, para lo cual el tema educativo es esencial. Se debería incorporar el aprendizaje y difusión del Trabajo Decente y digno desde los estudios más básicos hasta la formación universitaria, sin duda alguna esto ayudaría significativamente.

4. OBJETIVOS ESTRATÉGICOS DEL TRABAJO DECENTE

Los cuatro ejes, dimensiones u objetivos estratégicos del Trabajo Decente planteado por la OIT implican:

a. Trabajo y empleo

Este primer eje, objetivo estratégico o dimensión del Trabajo Decente se refiere a: crear trabajo, es decir tener una economía que genere oportunidades de inversión, iniciativa empresarial, puestos de trabajo y modos de vida sostenibles. Por ello se debe realizar estrategias que impliquen acciones orientadas a: fortalecer las capacidades del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y de los actores sociales, de acuerdo con sus incumbencias específicas, para coordinar adecuadamente las políticas laborales con las económicas y sociales, con base en el concepto de Trabajo Decente, incorporar de manera efectiva y sistemática la perspectiva de igualdad y equidad de género en el diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de las políticas laborales, de empleo y de protección social.

b. Derechos en el trabajo

En este objetivo estratégico del Trabajo Decente, se debe garantizar los derechos de los trabajadores para poder lograr el reconocimiento y el respeto de los derechos de los trabajadores, de todos los trabajadores y en particular de los trabajadores desfavorecidos o pobres que necesitan representación, participación y leyes adecuadas que se cumplan, sobre todo en el sector de mayor vulnerabilidad como es el de los trabajadores de las Micro y Pequeñas empresas (En adelantes Mypes) por los elevados porcentajes de informalidad. Evitar que se produzcan vulneraciones a derechos fundamentales que incluso llegan al hecho de vulnerar el propio derecho al trabajo como consecuencia de un despido arbitrario o nulo, sometiendo al trabajador a la odisea de una *"litis"* en vía judicial ordinaria, donde muchas veces no existe una

tutela efectiva y eficaz[11] de los derechos del trabajador, teniendo incluso que llegar hasta la vía constitucional mediante el amparo, para que se respeten efectivamente sus derechos.

En tal sentido el objeto de este eje del derecho del trabajo es hacer que se cumplan los derechos que todo trabajador, evitar vulnerarlos, estos derechos principalmente contenidos en los convenios OIT denominados fundamentales:

Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)

Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)

Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29)

Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)

Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138)

Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182)

Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)

Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

c. Previsión social

Este objetivo estratégico, se orienta a extender la protección social, en consecuencia para promover tanto la inclusión social como la productividad al garantizar que mujeres y hombres disfruten de condiciones de trabajo seguras, que les proporcionen tiempo libre y descanso adecuados, que tengan en cuenta los valores familiares y sociales, que contemplen una retribución adecuada en caso de pérdida o reducción de los ingresos, y que permitan el acceso a una asistencia sanitaria apropiada, que permita al trabajador tener una seguridad social en salud y pensiones, que garantice la dignidad del trabajador incluso cuando este alcance la jubilación[12]. Es importante lo que señala Romero Montes, al indicar que: *"El ser humano en el transcurso de*

(11) Con relación a este tema señala SAMAME MORANTE, Raúl: (…) el cambio en el ordenamiento procesal constitucional del amparo alternativo al amparo subsidiario si bien resuelve el problema de la "inflación" u "ordinarización " de dichos procesos también es verdad que complica la situación de los justiciables quienes, lamentablemente tienen que acudir a las vías judiciales ordinarias que, como es sabido, no son aptas para ofrecer una defensa y protección eficaces frente a agresiones de sus derechos constitucionales. La Subsidiaridad en los procesos de amparo laboral en un sistema judicial colapsado, en Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral. Palestra Editores Lima Perú 2006. Pág. 385.

(12) ROMERO MONTES, Francisco Javier señala: La vejez o tercera edad como generosamente se ha dado en llamarla, es la última etapa de la vida del hombre a la que debiera llegar tras un largo recorrido dedicado al trabajo. De esta manera la jubilación deviene en un derecho ganado, que posibilite un descanso gozando de una renta suficiente para seguir viviendo con dignidad. La Jubilación en el Perú, Pág. 10.

su vida está sujeto a un sin número de contingencias sociales, tales como la enfermedad, el accidente, el desempleo, la vejez, etc."[13]

d. Diálogo Social

Esta dimensión, eje u objetivo estratégico del Trabajo Decente, implica lograr, promover la participación de organizaciones de trabajadores y de empleadores, sólidas e independientes, lo cual es fundamental para elevar la productividad, evitar los conflictos en el trabajo, así como para crear sociedades cohesionadas. Implica diálogo social mecanismos que permitan canales de comunicación entre empleadores, estado, y trabajadores, en ese sentido los trabajadores por lo general pueden lograr diálogo social a través de su organización sindical, y los empleadores mediantes sus gremios u organizaciones.

Amerita en este punto un análisis crítico sobre las Mypes, y observamos que en el caso de las Mypes, el diálogo social es prácticamente nulo, por cuanto la posibilidad de formación de sindicatos en las micro empresas, donde la cantidad de trabajadores es muchas veces menos de diez (10), y el requisito mínimo de trabajadores para formar un sindicato de acuerdo a la ley es de veinte (20) , en el caso de la pequeña empresa también el diálogo social también es escaso, se debe entonces hacer las modificaciones pertinentes para brindar la posibilidad del diálogo social a la totalidad de trabajadores.

Estas dimensiones del Trabajo Decente se interrelacionan y se orientan a conseguir finalmente lo planteado en la Declaración de Filadelfia de 1944[14], como los fines y objetivos de la OIT y de los principios que debieran inspirar las políticas de sus miembros, así como lo señalado en el preámbulo de la Constitución de la OIT[15]. Y que el Perú como país miembro de la OIT, también debe seguir y promover.

---

(13) ROMERO MONTES, Francisco Javier. El negocio de la privatización de las pensiones, en Libro Documento del XII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Bolivia´95. Santa Cruz Boliva-1995, Pag.357.

(14) (…)I. La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y,en especial, los siguientes:
(a) el trabajo no es una mercancía;
(b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante;
(c) la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos;
(d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común. Declaración de Filadelfia de 1944.

(15) Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y textos seleccionados. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra 2010. Pág. 5.

5. EFICACIA DE LOS CONVENIOS OIT Y DEL CONCEPTO DE TRABAJO DECENTE EN EL PERÚ

Conforme a la definición que postulamos: "Trabajo Decente es aquel en el que la dignidad de la persona es respetada a plenitud, por consiguiente se respeta sus derechos fundamentales, se otorga a cambio un salario justo, se promueve la negociación colectiva y el diálogo social, se respeta la integridad y salud del trabajador, en los diferentes tipos de empresas, sean micro, pequeñas, medianas y grandes empresas o con independencia de la dimensión e ingresos económicos de las mismas". Podemos apreciar que en la realidad de muchas sociedades y en especial en la nuestra, no existe un cumplimiento adecuado de los convenios fundamentales de la OIT, ni de los otros tres ejes que implica el Trabajo Decente, por los elevados porcentajes de informalidad, y la falta de legitimación del concepto de trabajo decente. Lo cual se evidencia en las innumerables denuncias por incumplimientos laborales, tercerización inadecuada[16] con objeto de lesionar la libertad sindical y el derecho a las utilidades, intermediaciones laborales fraudulentas, etc. que a diario son presentadas en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral-SUNAFIL y el Poder Judicial; las quejas presentadas al Comité de Libertad sindical de la OIT, la existencia de los regímenes especiales que reducen o suprimen beneficios laborales, así como los numerosos accidente de trabajo fatales que lamentablemente acontecen a diario. Estos casos palpables y reales nos muestran que en muchos casos la dignidad recogida en nuestra Constitución Política en el Art. 1º está relegada en la práctica.

Por lo expresado la eficacia y cumplimiento de los convenios internacionales de la OIT y el Trabajo Decente es muy baja en nuestro país.

Ante esto se hace necesario adoptar medidas orientadas a lograr mayor eficacia de los convenios OIT: legitimación del concepto de Trabajo Decente, fortalecer el sistema de inspección del trabajo desarrollado por SUNAFIL, y combatir frontalmente la informalidad laboral.

6. PAPEL DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN LA EFICACIA DE LOS CONVENIOS OIT

La OIT indica que la inspección del trabajo es una función pública que vela por el cumplimiento de la legislación laboral en el centro de trabajo. Esta fundamentalmente delineada por el Convenio OIT N° 81, Así mismo su papel principal es lograr que se cumplan con la ley en los centros de trabajo, desarrollando medidas preventivas, educativas y donde resulte necesario, coercitivas. Los servicios de inspección se organizan de forma diferente en cada país y la asignación de recursos también varía en función a los diferentes grados de desarrollo económico, de apoyo político y profesional y a

(16) TOLEDO TORIBIO, Omar. La Tercerización Laboral (outsourcing), Jurisprudencia sobre Tercerización Laboral. Editorial Grijley, Lima 2015. Pág. 235.

las diferentes prioridades nacionales. No obstante, las funciones de los servicios de inspección del trabajo son muy similares en todo el mundo dado que deben estar en concordancia con aquellos establecidos por los Convenios de la OIT.

En el mundo laboral, la inspección del trabajo es el instrumento más importante de la presencia e intervención del estado para diseñar, estimular y contribuir al desarrollo de una cultura de prevención que abarque todos los aspectos que potencialmente están bajo su competencia: relaciones laborales, salarios, condiciones generales de trabajo, seguridad y salud en el trabajo, y cuestiones relacionadas con el empleo y la seguridad social. Actualmente, las inspecciones del trabajo realizan sus funciones en un ambiente desafiante, con importantes cambios en el contexto económico y social; en los desarrollos industriales; en la organización del trabajo y relación laboral; en las expectativas sociales y políticas; en la tecnología y la naturaleza de los riesgos laborales.

La OIT brinda una especial trascendencia a la inspección de trabajo, la cual resume muy bien el Comité de Expertos de la OIT, "una inspección de trabajo eficaz, constituye la garantía más segura de que se cumplen las normas internacionales y nacionales del trabajo no solo de *"iure"* sino también de "*facto*", esta importancia de la inspección de trabajo ha cobrado nuevo vigor y significado en los últimos años a raíz de la adopción por la OIT del concepto de Trabajo Decente como razón de ser de su accionar en el mundo actual.

Así la OIT en base a los convenios N° 81 y 129 señala los siguientes parámetros para una efectiva inspección del trabajo conforme a la normativa universal(17):

La inspección del trabajo deberá organizarse como un sistema aplicable a todos los establecimientos en los que sean de aplicación las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores.

La inspección del trabajo deberá estar bajo la vigilancia y control de una autoridad central siempre y cuando sea compatible con la práctica administrativa del país.

Deberá velar por el cumplimento y garantizar funciones educativas en relación con las condiciones de trabajo (tales como horas de trabajo, salarios, seguridad, salud y bienestar, el empleo de niños y jóvenes y otras materias relacionadas) y alertar a las autoridades competentes de cualquier defecto o abuso no recogido por las disposiciones legales existentes.

Los inspectores deben ser funcionarios públicos con estabilidad en el empleo garantizada e independiente de los cambios de gobierno y de cualquier influencia exterior indebida.

Deberán ser contratados tomándose únicamente en cuenta sus aptitudes y deberán recibir formación adecuada para el desempeño de sus funciones.

(17) Guía para los trabajadores, La Inspección del Trabajo lo que es y lo que hace", Ob. Cit. p. 13

Su número debería ser suficiente para garantizar el desempeño efectivo de sus funciones, y se determinará teniendo debidamente en cuenta:, el número, la naturaleza, la importancia y la situación de los establecimientos sujetos a inspección, el número de trabajadores empleados y el número y complejidad de las disposiciones legales por cuya aplicación deba velarse.

Se les proporcionarán oficinas adecuadamente equipadas y los medios de transporte y demás materiales que sean necesarios para el desempeño de sus funciones.

Deben ser provistos de las adecuadas credenciales y ser autorizados legalmente para desempeñar sus funciones.

Los establecimientos se deberán inspeccionar con la frecuencia y el esmero que sean necesarios para garantizar la efectiva aplicación de las disposiciones legales pertinentes.

Los inspectores deberán facilitar información y asesorar a empleadores y trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir con las disposiciones legales.

Las leyes y reglamentos nacionales deben prever y aplicar de manera efectiva sanciones adecuadas para los casos de violación de las disposiciones legales por cuyo cumplimiento velen los inspectores del trabajo y en aquellos en que se obstruya a los inspectores del trabajo en el desempeño de sus funciones.

El rendimiento efectivo del sistema de inspección del trabajo se puede conseguir mediante la cooperación efectiva con otros servicios gubernamentales e instituciones privadas cuya actividad sea la protección laboral así como con los empleadores y trabajadores y sus respectivas organizaciones.

7. REFORMAS LABORALES Y NORMATIVAS ORIENTADAS A LA NUEVA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

Podemos señalar en resumen los siguientes:

a. MEJORA ORGANIZATIVA DE LA SUNAFIL

El Sistema Nacional de Inspección del Trabajo, fue establecido mediante la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, publicada el 22 de julio de 2006. Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 019-2006-TR, modificado por Decreto Supremo N° 019-2007-TR.

En el año 2013, por Ley 29981, se crea la SUNAFIL, posteriormente se emite el ROF mediante el D.S. 007-2013-TR., y recientemente mediante D.S. 009-2013-TR Se crea el MOF, estableciendo Intendencias Regionales en diferentes regiones del país, esto es sin duda un avance, pero se debe evitar caer en errores pasados, existiendo un núcleo central estas deben estar debidamente articuladas en torno a una sola unidad central de mando, con criterios uniformes, evitando que cada una genere su propias normas y por el contrario actuar en concordancia con la norma o convenio y en armonía entre todas las intendencias. Para lograr la mejora organizativa se debe desarrollar planes de acción basados en estudios de inteligencia laboral, para

no solo actuar en función a las denuncias, sino basado en un plan rigurosamente organizado, con ello mejoraría su eficacia y más personas gozarían de un Trabajo Decente que es lo que finalmente se busca.

b. ARTICULACIÓN CON LOS GOBIERNOS REGIONALES

Algunos Gobiernos Regionales en nuestro país aún tienen a su cargo la inspección de trabajo en sus respectivas jurisdicciones, si bien ya se creó la SUNAFIL, se está implementando aun durante el año 2014, sobre todo en Lima, y en las regiones tomará más tiempo debido a que su implementación será gradual, esto implicaría como señala la norma que los gobiernos regionales sigan en buena cuenta a cargo de la inspección en sus ámbitos territoriales, pero reducidas en su competencia solo a las microempresas(18), y la fiscalización de otras empresas incluso en las regiones estará a cargo de la SUNAFIL, tema que podría generar un desconcierto, ante ello planteamos como alternativa que la inspección debe estar a cargo de una sola entidad en este caso la SUNAFIL debiendo derogar las normas que le confieren a los gobiernos regionales la potestad de controlar el trabajo en sus jurisdicciones, esto permitiría un control único y no tener la dicotomía actual, sin embargo y en tanto no se derogue dicha norma la SUNAFIL y los gobiernos regionales deben establecer y definir, temporalmente, niveles de coordinación y trabajo a efectos de realizar una adecuada inspección laboral y propiciar la formalización y el Trabajo Decente.

c. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN A LA ECONOMÍA INFORMAL Y NUEVAS FORMAS DE EMPLEO

En relación a este punto debemos recordar que el Trabajo Decente, abarca no solo al trabajo formal sino también a la denominada economía informal, en ese sentido la inspección de trabajo también debe velar y fiscalizar por que el Trabajo Decente se cumpla no solo en el ámbito formal, sino también en el ámbito informal para ello, debe ampliar su accionar al trabajo autónomo y el ámbito informal, aplicando su función orientadora, fiscalizadora y de propuesta legislativa, en concordancia con el Convenio 81 de la OIT. En la mayoría de economías las personas con un contrato formal son un porcentaje menor, lo que quiere decir que un buen porcentaje de hombres y mujeres que trabajan lo hacen en la economía informal, sin condiciones aceptables y muy alejadas de lo que es el Trabajo Decente, en este sentido el accionar de la inspección laboral es importante porque extendería su actuación(19)

(18) Los gobiernos regionales en el marco de las funciones establecidas en el art. 48 literal f) de la ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, desarrollan y ejecutan, dentro de su respectivo ámbito territorial todas las funciones y competencias señaladas en los arts. De la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo con relación a las microempresas sean formales o no (…), 2do párrafo del art.3 Ley N° 29981, ley de creación de SUNAFIL.

(19) Art. 7, Convenio OIT 150, Sobre la Administración del Trabajo. A fin de satisfacer las necesidades del mayor número posible de trabajadores, cuando lo exijan las condiciones nacionales, y en la medida en que la administración del trabajo no haya abarcado ya estas actividades, todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá promover, gradualmente si fuera necesario, la ampliación de

al trabajo en el sector informal, en su desarrollo la inspección podría comprender planes de formalización laboral, que incluyan los compromisos de formalizarse por parte de quienes se encuentran en el ámbito informal. Del mismo modo la inspección laboral entendida como señala el convenio 81 OIT, es dinámica y se adapta a los cambios de la sociedad, por ello debe extenderse a nuevas formas de producción y fenómenos laborales como, los grupos de empresa, transmisión de empresa, el teletrabajo, trabajo robotizado, trabajadores migrantes, etc.

d. MEJORA DE LA CAPACIDAD DE PROPUESTA LEGISLATIVA DE LA INSPECCIÓN LABORAL

El Convenio 81 OIT, en su art.3°, nos indica que también es una función de la inspección del trabajo proponer modificaciones legislativas, necesarias o formular nuevas, en tanto el inspector de trabajo está en contacto directo con la realidad laboral y puede percatarse de los vacíos legales de forma directa, en ese sentido, se debe utilizar con mayor énfasis esta función, ahí donde el inspector laboral identifique hechos que deberían estar bajo la egida protectora del derecho del trabajo, debe actuar con iniciativa que permita superar los vacíos legales que se presentan en la aplicación de las normas legales vigentes. Así por ejemplo producto del avance de la tecnología y la globalización tenemos que cada vez se presenta de manera más frecuente una nueva forma de trabajar denominada el teletrabajo, y que no está contemplada de manera específica dentro del ámbito de inspección laboral, por lo que se puede plantear su regulación específica en dicha materia así como su tipificación como infracción laboral ante supuestos de vulneración de derechos laborales.

e. PROPUESTA PARA EL CAMBIO EN LA CARRERA INSPECTIVA HACIA UNA VERDADERA CARRERA

La ley de inspección laboral del Perú, Ley N° 28806, establece sólo tres niveles[20] o categorías de inspector, iniciando con el cargo Inspector Auxiliar, teniendo la posibilidad de ascender a un segundo nivel de Inspector de Trabajo, y luego a Inspector Supervisor; estos tres escaños o categorías en realidad no configura una verdadera línea de carrera, al ser muy corta y restringida, máxime si la reciente

las funciones del sistema de administración del trabajo, a fin de incluir actividades, que se llevarían a cabo en colaboración con otros organismos competentes, relativas a las condiciones de trabajo y de vida profesional de determinadas categorías de trabajadores que, a efectos jurídicos, no se pueden considerar personas en situación de empleo, tales como:(a) los pequeños agricultores que no contratan mano de obra exterior, los aparceros y categorías similares de trabajadores agrícolas;(b) las personas que, sin contratar mano de obra exterior, estén ocupadas por cuenta propia en el sector no estructurado, según lo entienda éste la práctica nacional;(c) los miembros de cooperativas y de empresas administradas por los trabajadores;(d) las personas que trabajan según pautas establecidas por la costumbre o las tradiciones comunitarias.

(20) La carrera del inspector del Trabajo está conformado por tres grupos ocupacionales, correspondientes a los supervisores inspectores, inspectores del trabajo e inspectores auxiliares. Inc.2.1 art.2 Reglamento de la Carrera del Inspector de Trabajo, D.S. N°021-2007-TR.

creación de SUNAFIL, establece una estructura orgánica[21] de distintos niveles y puestos de trabajo, a la cual el inspector de carrera no podría acceder, es por ello que la actual estructura debe ser superada y modificada o reemplazada por un línea de carrera verdadera, eliminando el cargo de inspector auxiliar en tanto que este cargo dificulta la actuación inspectiva, por razones de competencia, y luego establecer una verdadera carrera brindando la posibilidad al inspector laboral de ascender desde su ingreso como inspector hasta Superintendente. Pasando en ese proceso por supervisor, Subintendente e Intendente, hasta llegar al máximo cargo.

Otro aspecto importante es brindar la garantía de estabilidad laboral que señala el art. 6 del Convenio 81 de la OIT, contratando a los inspectores laborales bajo un único régimen laboral y que brinde estabilidad. Con la creación de la SUNAFIL se espera que esto termine y se uniformice o establezca un solo régimen de contratación de los inspectores de trabajo, siempre garantizando la estabilidad y derechos de los inspectores.

f. AUMENTO DEL NÚMERO DE INSPECTORES LABORALES Y CAPACITACIÓN DEL PERSONAL INSPECTIVO

El número de inspectores está por debajo de los estándares, en tal sentido se debe lograr un número suficiente para garantizar el desempeño efectivo de sus funciones, así se requiere de la contratación de un mayor número de inspectores sobre la base mínima de 1 inspector por 20,000 trabajadores que es el promedio para economías en transición. Así mismo se debe capacitar de manera permanente a los inspectores de trabajo[22], mediante diplomados, maestrías, intercambio y pasantías internacionales, etc. a efectos de fortalecer sus conocimientos, logrando verdaderos especialistas en temas laborales y de seguridad y salud en el trabajo.

g. MEJORA DEL SISTEMA DE COBRANZA COACTIVA

Es otro de los aspectos de problemática y que requiere un cambio y fortalecimiento, el sistema de inspección, aplica sanciones ante incumplimientos, es decir termina con la imposición de una multa, cuando hay incumplimientos a las normas laborales, no obstante esto ocurre que esta muchas veces no es ejecutada o su ejecución toma demasiado tiempo por lo que, no termina corrigiendo las conductas infractoras, debido a que su aparato de cobranza coactiva, no logra efectivizar las multas impuestas en plazos breves, dilatándose en el tiempo, y en otros otorgando facilidades de pago que implican pago en muchos meses, esto lamentablemente hace que algunas empresas prefieran ser multadas-en la idea que no se les cobrará o si esto

(21) La SUNAFIL, para el cumplimiento de sus fines, cuenta con la estructura básica siguiente: a) Alta dirección: Consejo Directivo y Superintendente; b) Tribunal de Fiscalización Laboral; c) Órganos de Línea; d) Órganos de apoyo; e) Órganos desconcentrados. art. 7 de la Ley 29981, Ley que crea la SUNAFIL

(22) Los servidores de la Carrera del Inspector de Trabajo accederán al sistema de capacitación permanente, cuya política está a cargo de la dirección Nacional de Inspección (…) Inc. 5.1, y sgts. Del art.5, Reglamento de la Carrera del Inspector de Trabajo, D.S. N°021-2007-TR.

ocurre será después de mucho tiempo-antes de cumplir con los derechos laborales, por ello que ante esta problemática se plantea reorganizar el sistema de cobranza coactiva, convirtiéndolo en un aparato dinámico y ágil, que implique acuerdos con institucionales para que las empresas infractoras, no puedan comercializar con el Estado, y se pueda decretar el embargo de las cuentas de sus cuentas y ser registradas ante las centrales de riesgos, de manera que la imposición de una multa por haber incumplido sea además de una afectación patrimonial una forma de disuasión o corrección de conductas atentatorias de los derechos laborales, porque se afecta en muchos casos derechos fundamentales y el Trabajo Decente. Cabe resaltar que muchas regiones del país tienen realmente agudizada esta problemática donde las deudas laborales por multas, no pueden ser ejecutadas, ante ello se hace necesario que la nueva inspección del trabajo establezca un sistema más apropiado de cobranza.

h. MECANISMOS DE COORDINACIÓN INTERSECTORIAL

La coordinación intersectorial, debe ser un punto que debe enfatizarse en el sistema inspectivo, debido a que los beneficios son diversos, así tenemos la obtención de mayor información y data adecuada para enfocar los puntos críticos y de mayor incidencia de incumplimientos, es posible lograr data respecto de empresas formales y de aquellas en proceso de formalización o creadas que cuentan con licencia de funcionamiento pero que no registran trabajadores, la cantidad de trabajadores asegurados, la cantidad de empresas que son microempresas, pequeñas empresas, etc. con lo cual se puede elaborar mejores planes y estrategias de actuación de la inspección del trabajo, por otra parte la cooperación intersectorial, también puede darse en temas vinculados, por ejemplo en materia de seguridad social, la inspección del trabajo ve el registro en la seguridad social, la SBS[23] supervisa su pago, en el caso de trabajo infantil podemos observar que la cooperación intersectorial es necesaria, así se requiere la cooperación de Ministerio Publico, la Policía Nacional del Perú, y la Inspección del Trabajo. En materia de seguridad y salud en el trabajo, también puede darse esta cooperación intersectorial, entre Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Energía y Minas, Ministerio de Salud, Economía, etc. Por otra parte tenemos que también se puede usar la cooperación interinstitucional para lograr un efectivo cumplimiento de las multas impuestas por la inspección del trabajo, referidas líneas antes, al establecer convenios con las centrales de riesgo, contratistas a efectos de que las empresas que tienen deudas por multas figuren en dichos registros y en caso no hayan pagado las sanciones válidamente impuestas proceda incluso su exclusión del sistema de contrataciones con el estado en tanto asuman sus obligaciones pendientes. Esto contribuirá a lograr y mejorar la cultura de responsabilidad y respeto de derechos laborales.

i. ADECUADA INFRAESTRUCTURA Y USO DE HERRAMIENTAS TECNOLÓGICAS PARA LA INSPECCIÓN LABORAL

(23) Superintendencia de Banca y Seguros.

En cuanto a la infraestructura no es la ideal ni suficiente y adecuada, ante este hecho, la propuesta es dotar de adecuada infraestructura física: oficinas, mobiliario, equipos, etc. que cumplan estándares de calidad y seguridad y salud en el trabajo. Así también dotar a los inspectores de instrumentos técnicos necesarios para el cumplimiento de sus tareas especialmente en el área de seguridad y salud en el trabajo. La inspección de trabajo debe utilizar las diferentes herramientas tecnológicas que existe hoy en día, como la plataforma virtual, bases de datos, redes, la internet, etc. esto permite mejorar la comunicación con los usuarios(24) y a la vez hacer más accesible y flexible, a efectos de recibir las denuncias e información estadística, logrando una inspección "virtual", que proporcione información previa y coadyuve a desarrollar mejor la tarea inspectiva. Es por ello que en correlato con lo planteado por la OIT, se debe implementar una adecuada infraestructura con los medios tecnológicos necesarios a nivel nacional, contando con una base de datos adecuadamente disgregada, por sexo, salarios, lugar geográfico, áreas de mayor vulnerabilidad, etc. esto sería importantísimo para la adecuada elaboración de los planes anuales y estrategias de inspección así como proporcionar información confiable para la administración del trabajo en concordancia con el convenio 160 de la OIT(25). Por otra parte usar equipos de alta tecnología como : drones, y robots para zonas de difícil acceso, equipos especializados para medir aspectos referidos a la seguridad y salud en el trabajo, etc.

Esto tendrá como consecuencia llevar la protección de los derechos laborales a los lugares más recónditos del país donde exista una relación de trabajo, la inspección llegaría a un gran porcentaje de los ciudadanos que tienen un vínculo laboral, evidentemente esto implicará el incremento del número de inspectores acompañado del establecimiento de una adecuada infraestructura lo cual tendría como impacto mayor en el Trabajo Decente.

j. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

(24) Por ejemplo en Colombia se tiene el inspector virtual, una aplicación en la página web del Ministerio de Trabajo donde las personas pueden comunicarse con los inspectores y pueden presentar sus denuncias.

(25) Convenio 160 OIT sobre estadísticas del Trabajo, Artículo I, Todo Miembro que ratifique el presente Convenio se obliga a recoger, compilar y publicar regularmente estadísticas básicas del trabajo, que, según sus recursos, se ampliarán progresivamente para abarcar las siguientes materias:(a) población económicamente activa, empleo, desempleo, si hubiere lugar, y, cuando sea posible, subempleo visible;(b) estructura y distribución de la población económicamente activa, utilizables para análisis detallados y como datos de referencia;(c) ganancias medias y horas medias de trabajo (horas efectivamente trabajadas u horas pagadas) y, si procediere, tasas de salarios por tiempo y horas normales de trabajo;(d) estructura y distribución de los salarios;(e) costo de la mano de obra;(f) índices de precios del consumo;(g) gastos de los hogares o, en su caso, gastos de las familias y, de ser posible, ingresos de los hogares o, en su caso, ingresos de las familias;(h) lesiones profesionales y, en la medida de lo posible, enfermedades profesionales;(i) conflictos del trabajo.

En relevante proponer insertar la nueva definición del Trabajo Decente en las funciones y facultades de la inspección del trabajo. En esa perspectiva incluir en el artículo 3° de la Ley Nº 28806 (Ley General de Inspección del Trabajo), y en el Reglamento de dicha Ley, este concepto que es fundamental y se basa en la dignidad de la persona, orientando de esta manera todo el sistema inspectivo en función de las dimensiones del Trabajo Decente, para legitimar el mismo y para su cumplimiento efectivo reduciendo de esta manera la inmensa brecha que existe entre las normas legales existentes y su cumplimiento efectivo.

Los aspectos relevantes y las propuestas desarrolladas constituyen reformas y modificaciones urgentes e importantes orientadas a la mejora de la inspección del trabajo para el logro del Trabajo Decente, no son las únicas ni es una lista cerrada pues las condiciones particulares de nuestro país así como el dinamismo económico y nuevas formas de producción implican que se pueden también generar nuevas formas y estrategias para cumplir finalmente la función del inspección de trabajo siempre orientándola a la generación de mayor Trabajo Decente.

CONCLUSIÓN

No existe un cumplimiento adecuado de los convenios fundamentales de la OIT, vale decir la eficacia convenios OIT es muy baja, por los elevados porcentajes de informalidad, problemática del sistema de inspección del trabajo, y la falta de legitimación del concepto de Trabajo Decente. Por lo que se hace necesario adoptar medidas orientadas a lograr mayor eficacia de los convenios OIT: legitimación del concepto de Trabajo Decente, fortalecer el sistema de inspección del trabajo desarrollado por SUNAFIL, y combatir frontalmente la informalidad laboral.

Los sistemas de inspección requieren de reformas laborales y modificaciones en su naturaleza organizativa y normativa sobre la base de la inserción expresa del Trabajo Decente según la nueva definición que hemos postulado: “Trabajo Decente es aquel en el que la dignidad de la persona es respetada a plenitud, por consiguiente se respeta sus derechos fundamentales, se otorga a cambio un salario justo, se promueve la negociación colectiva y el diálogo social, se respeta la integridad y salud del trabajador, en los diferentes tipos de empresas, sean micro, pequeñas, medianas y grandes empresas o con independencia de la dimensión e ingresos económicos de las mismas”.

Incorporar el nuevo concepto de Trabajo Decente, en la educación en los diferentes niveles y difundirlo hasta lograr legitimidad, sobre la base del conocimiento y práctica por cada ciudadano, esto permitirá una mayor eficacia de los Convenios Internacionales de la OIT, vale decir reducirá la amplia brecha actualmente existente entre la norma y su cumplimiento.

La informalidad elevada en el país es uno de los principales problemas que no permiten que se respeten los derechos laborales y los Convenios de la OIT, y se generen vulneraciones que afectan el Trabajo Decente, por consiguiente, la informalidad laboral debe ser combatida con una adecuada estrategia de difusión del Trabajo Decente y a

la vez con mayor firmeza por los servicios inspectivos, el Estado y la sociedad en su conjunto.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- **APARICIO VALDEZ, Luis**. El pensamiento socioeconómico y jurídico de Luis Aparicio Valdez. AELE 1ra.Edición. Lima 2011.
- **ARCE ORTIZ, Elmer**. Derecho Individual del Trabajo en el Perú**.**

Palestra Editores Lima Perú. 2013.

- **BALBIN TORRES, Edgardo**. Trabajo Decente: Diagnostico Nacional Perú. Red Laboral Andina RELA. Programa Laboral de Desarrollo- PLADES.
- **BARBAGELETA, Héctor Hugo**. Formación y Legislación del Trabajo, Oficina Internacional de la OIT 2da edición impreso en Uruguay 2003.
- **BAYLOS, Antonio**. Globalización y Derecho del Trabajo: Realidad y proyecto. En Cuadernos de Relaciones Laborales N° 15 Madrid, 1999.
- **BECOND, David y otros**, Siete indicadores para medir el Trabajo Decente. Comparación Internacional. En Revista Internacional del Trabajo. Volumen 122 Numero ", Ginebra, 2003.
- **BLASCO PELLICER, Ángel y GARCIA RUBIO, María**; Curso de derecho Administrativo Laboral, Editorial Tirat lo Blanc.
- **BONET PÉREZ, Jordi**; Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional de Trabajo como referente Jurídico Político Universal. Atelier 2007. Barcelona.
- **BOZA PRO, Guillermo**. La Inspección Laboral como mecanismo de protección de la libertad sindical en el Perú. Lima - Perú
- **CABERO MORAN, Enrique**. El Rol constitucional de la Administración Laboral y su función de garantía del respeto de los derechos laborales- Guía de Clase 2013.
- **CANESSA MONTEJO, Miguel**. Los Derechos Humanos laborales en el derecho internacional. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid 2006.
  - Los derechos humanos laborales en el derecho internacional. En revista de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú N°63. Año 2009.
- **CIUDAD REYNAUD, Adolfo**, un nuevo modelo de la inspección del trabajo en el Perú. En: 3er. Congreso Nacional de La Sociedad Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Chiclayo 2008.
- **CORNEJO ESPINOZA, Carlos Alberto**. El Trabajo Decente en el Perú. Tesis para optar el grado de magister-PUCP 2010.
- **DIAZ MAX, Louis**. Organización y funcionamiento de los servicios de inspección de trabajo en América Latina.
- **ESPINOZA, Malva**, Trabajo Decente y protección social. Eje para la acción sindical. Oficina Internacional de Santiago, 2003.

- **FIELS, Gary**, El Trabajo Decente y las Políticas de Desarrollo. En Revista Internacional del Trabajo N°2, volumen 122, OIT Ginebra 2003.
- **GAMERO REQUENA, Julio H**. El Trabajo Decente en el Perú, una mirada al 2011, en Soluciones laborales N° 58, octubre 2012.
- **LEE, Eddy**, Mundialización y normas del trabajo. Puntos del debate. En Revista Internacional del Trabajo, Volumen 125, Numero 2, Ginebra 1997. Lima, 2009.
- **MALDONADO MUJICA, Enrique**. Derechos Laborales y Acuerdos de Libre Comercio. Lima marzo 2008.
- **MASTROPASQUA, Rafael**, La Inspección de trabajo en la República de Argentina, en Inspección del Trabajo para el Siglo XXI, Santiago de Chile 2010.
- **MERCADER UGINA, Jesús**. Derecho administrativo Laboral, Guada Impresores, Valencia 2004.
- **NEVES MUJICA, Javier**. Introducción al Derecho del Trabajo, Fondo Editorial PUCP, Lima Perú 2009.
- **PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos**; El nuevo espacio funcional de la Inspección del Trabajo: Reflexiones Críticas, en Libro Derecho del Trabajo y Razón Critica, Págs. núm. 373 – 385, Salamanca 2004.
- **RENDON VASQUEZ, Jorge**. Derecho del Trabajo Teoría General I, Grijley Lima Perú 2007.
- **ROMERO MONTES, Francisco Javier**.
  - La Ley federal de México y la legislación Peruana.

    Boletín ADAPT, University Press. 2013
  - La Jubilación en el Perú.

    Lima-Perú 1993.
  - El negocio de la privatización de las pensiones, en XII Congreso Iberoamericano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Bolivia 95. Libro-Documento, Tomo II, Santa Cruz Bolivia 1995.
- **SACO, Raúl**, Clausulas sociales en los tratados internacionales de comercio. En V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima Primera edición 2001.
- **SAMAME MORANTE, Raúl**, en Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral. Tribunal Constitucional. Palestra Editores. Lima-Perú 2006.
- **SERRANO DIAZ, Luis Alberto**. La Nueva Inspección de Trabajo en el Perú. En Libro de ponencias del VI Congreso Nacional de La Sociedad Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Arequipa- Perú 2014.
- **SOMAVIA, Juan**. Trabajo Decente, Memoria del Director General, OIT; 1999.
- **TOLEDO TORIBIO, Omar**. La Tercerización Laboral (Outsourcing).Editorial Grijley, Lima 2015.
- **TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge Luis.** (1997). El procedimiento de Inspección Laboral. Revista Perú Laboral, Lima, Abril. PP. 38-39.

- **ULLOA MILLARES, Daniel**. La Inspección Laboral en Lima: Sugerencias para su mejoría. En: 3er. Congreso Nacional de La Sociedad Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Chiclayo 2008.
- **VEGA RUIZ, María Luz**, la Reforma Laboral en América Latina: 15 años después, Oficina Internacional del Trabajo, Lima OIT 2006.
- **VERA JATOBA**, Inspección del trabajo en el marco de la modernización de la administración del trabajo. Oficina regional para América Latina y el Caribe Proyecto CIMA OIT, Chile 2002.
- **VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo y otros**. Trabajo Decente: Diagnostico subregional Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú. Red Laboral Andina- RELA. Programa Laboral de Desarrollo- PLADES. Lima 2010.
- **WEIL, David**. Un Planteamiento Estratégico de la Inspección del Trabajo. Organización Internacional de Trabajo 2008.

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN NUESTRA LEGISLACIÓN

Dr. Francisco Gómez Valdez[1]
(Perú)

Nuestra experiencia legislativa sobre el Derecho de participación ha sido sorprendente, ya que históricamente se remonta a 1924, año de la dación de la L. No. 4916 ("del Empleado Particular")[2], época en la que el aparato productivo nacional era mucho más subdesarrollado que el actual; pero que, sin embargo, facilitó pese a ello el pago de las utilidades para el sector burocrático del país, derecho luego armonizado a favor de los obreros. Finalmente, con el gobierno militar del Gral. Velasco Alvarado, una inusual Revolución se gestó sobre el tema, disponiendo la participación de los trabajadores *hasta la propiedad de la empresa*, propósito legislativo ideado para que las empresas reinvirtieran en un proyecto productivo nacional agresivo dirigido, preponderantemente, hacía el sector industrial, motor, como se sabe del industrialismo y de la captación de empleos subordinados que entonces llegó a ocupar al 60% de la PEA vs. el 9.4% el 2015, momento en que nuestra economía poseía una estructura agraria semi feudal que, pese a generar al erario nacional ingresos marginales (alrededor del 10%), eran los "barones" de la azúcar los que gobernaban el país.

En la actualidad, este proyecto inédito militar se derogó de a pocos, volviendo sin pena ni gloria; menos sin la protesta de los mismos trabajadores afectados por la regresión que los devolvía al partidor del Derecho participatorio, que no es otro que el de permitir la participación de los trabajadores a la sola área del reparto

(1) Profesor de Derecho Colectivo del Trabajo-UNMSM
(2) Este derecho lo legisló Francia y la mayoría de países europeos al término del Siglo XIX.

material-dinerario de las utilidades de las empresas, si las hubieran claro está; o sea que el nuevo sistema sólo favorece el reparto de las utilidades (participación patrimonial), no así las otras que señala como posibles el Art. 29° de la Constitución vigente. Esto hace ver que el Estado está ausente en el tratamiento del recurso histórico que los trabajadores han tenido y siguen teniendo para que parte de sus remuneraciones se vean mejoradas con su esfuerzo personal-profesional a través del derecho de participación, en un país donde el reparto de la riqueza está marcada por una división atroz.

I. SOMERA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES

La participación de los trabajadores de nuestro país se ha producido a contracorriente de lo ocurrido a nivel comparado, ya que se favoreció, primeramente, la participación individual para luego hacerla colectiva. El antecedente de la primera se remonta a la L. N° 4916 del 07/02/1924 y su Regl. D.L. N° 10908 del 03/12/1948[(3)]. Décadas después se presentó una forma participativa sobre el capital de la empresa con la dación de los Ds. Ls. N°. 18350 del 27/07/1970, 18384 y 23407 y su Regl. el D.S. N° 046-82-ITND, apareciendo una participación colectiva en reemplazo de la individual que por medio siglo se había instaurado en nuestro país. Posteriormente se desreguló progresivamente la participación colectiva para, una vez más favorecer a la individual, al dictarse el D.L. N° 21789 del 01/02/1977, un tanto poniéndose a tono con el viraje económico que se venía imponiendo en América Latina[(4)].

Hallándose la normativa antes descrita derogada, sólo para fines comparativos e históricos me detendré a analizar someramente esta zigzagueante legislación, y aunque suene doloroso, en toda la normativa participativa habida en nuestro país, los directamente beneficiados -los trabajadores-, mantuvieron una indiferencia sobre el particular, de tal magnitud que cuando se desregularon las disposiciones atinentes a la participación colectiva que tantos y buenos beneficios les reportaron, ninguna muestra de protesta ni reprobación hicieron al respecto, demostrando en la práctica que cuando las leyes no son concebidas desde las esferas de sus propios protagonistas sino impuestas "desde arriba", su derogatoria no hace mella alguna en los trabajadores. Fue el caso de los Ds. Ls de la década del 70 del siglo anterior, revolucionarios para la época y aun para el momento actual, cuya desregulación mantuvo inmutables a sus directamente concernidos, a la fecha, ya que el tema de la participación de los trabajadores nunca está en agenda.

Hay quienes han sostenido, de otro lado, que fue la L. N° 11672 del 31/12/1951 la primera disposición relacionada con el Derecho de participación en las utilidades que sistemáticamente abordó el tema. Como fuera, el reparto de las utilidades ha sido una constante legislativa que ha sido tirada por todos los costados y gustos legislativos, con

(3) La Constitución de 1933 estableció, costumbre de la época, un enunciado nebuloso sobre el Derecho de participación en su Art. 55°. La actual la contempla en su art. 29°.

(4) En Argentina a partir de 1989 con la L. N° 23696 se estatuyó el "Programa de Participación Individual para las S.A.".

propuestas mezquinas o ampulosas, con amplitud de sus esferas representativas o la inexistencia de ellas, según los apetitos y criterios gubernamentales de turno, y hemos llegado a los actuales Ds. Legs. N°. 677 del 02/10/1991 y 892 del 08/11/1996 (V., Ls. N°. 27028 de 29/12/1998 y 27564 del 24/11/2001 y el D.S. N° 009-98-TR del 05/08/1998), vigentes al momento presente que, sin pena ni gloria respecto de lo que sobre el particular fue regulado precedentemente en lo atinente a la participación de los asalariados del país.

1. Antecedentes constitucionales del Derecho de participación de los trabajadores

1/ Las tres últimas Constituciones de manera pendular han versado sobre el Derecho de Participación; primero, disponiendo la participación en las utilidades, luego en las utilidades y la gestión de la empresa; para, nuevamente, volver a la inicial participación en las utilidades.

- La Constitución de 1933 fue la primera en disciplinar en su Art. 55° que "El Estado favorecerá un régimen de participación de los empleados y obreros en los beneficios de la empresa". Al utilizar la letra de la norma el futuro del indicativo, años después se dictó el D.L. N° 10908 del 03/12/1948 que reguló el tema participativo, y hubieron quienes insistieron en que la consagración real del principio fundamental se había estatuido con esta norma infraconstitucional. Lo cierto es, que mientras estuvo en vigor esta Constitución -la segunda más longeva de la historia republicana-, no hubieron proyectos legislativos sólidos ni leyes que cubrieran el manto reglamentario de la disposición constitucional sobre la participación, quedando el Art. 55° (ya es común entre nosotros) como obra legislativa de buena voluntad o proyectos para ser cubiertos por generaciones legislativas venideras.

- La Constitución de 1979, socialmente más avanzada que todas las promulgadas en nuestro país, en su Art. 56° señaló: "El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en la gestión y utilidad de la empresa, de acuerdo con la modalidad de ésta. La participación de los trabajadores se extiende a la propiedad de la empresa cuya naturaleza jurídica no lo impida". Esta glosa, a decir verdad, no tiene sobre el tema de la participación de los trabajadores en sus empresas comparación a nivel del sistema capitalista mundial, ni siquiera en aquellas latitudes en los que este Derecho es, se supone, más avanzado que el nuestro tal el alemán, p.ej., que fue el que reguló por primera vez este derecho, y lo ha mantenido en buenas migas por decenios fecha. En efecto, el sistema capitalista reposa su ideología en el inmutable derecho de propiedad; por consiguiente, aun cuando el Derecho de participación a través de la cooperación, cogestión, autogestión, de interés en la producción, accionariado difundido, etc. (1) se haya consagrado como el más eficaz que en la actualidad se conoce para mejorar el proceso productivo a través del diálogo-participación entre los agentes productivos; no por eso se ha dejado en segundo plano al capital o, mejor dicho, a los medios de producción que, como se sabe, con el industrialismo representa el itinerario con el que el sistema se potenció y maduró. Esto es así, puesto que el capital allí donde se ha impuesto lo primero que ha hecho es maximizar los recursos humanos y productivos, y son precisamente estos caudales los que mejor exhibición acuerdan para sustentar qué tan bien, regular

o mal es el proceso productivo de un país, es decir, la riqueza que profesan sus medios de producción en un momento y país determinado.

El análisis de la disposición constitucional que se comenta habló en presente del indicativo al expresar, que "El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar..."; pero, al mismo tiempo, da un paso decisivo hacia adelante cuando agrega que esta participación es "...en la gestión y utilidad de la empresa...", con lo cual, la manera tradicional de entender este derecho dentro de los cánones exclusivos del reparto patrimonial quedaba superado para dar apertura a la participación en la gestión de la empresa por parte de ambos agentes productivos: empleadores y trabajadores. Se permitía por primera vez el ingreso de los trabajadores a las entrañas mismas de la empresa, y para tal fin se crearon las comunidades industriales con los Ds. Ls. Nos. 18350, 18384 y 23407, instituciones con las que el proyecto participativo en la administración de las empresas se hacía tangible. Asimismo, cuando la disposición precisó que esta "participación... se extiende a la propiedad de la empresa...", no existía duda de que se había dictado una norma social con contenido económico, como nunca antes se había apreciado dentro de nuestros anales legislativos y del Derecho comparado, toda vez que sí el empleador no invertía en su industria había una espada de Damocles que le indicaba que por ese desdén podía perder su capital, es decir, la empresa misma creada, ya que pasaría a manos de sus dependientes. Por cierto, que en el sistema capitalista un enroque de esta magnitud no puede menos que ser repudiado y así se hizo; sin embargo, era la ley y debía cumplirse. Nunca como en la época del reinado de estas disposiciones legales los ingresos de los trabajadores fueron los más expectantes de toda la vida republicana, no superados a la fecha pese a las décadas que han transcurrido. Sin embargo, el proyecto fue efímero, ya que a la caída del Gral. Velasco, como no podía ser de manera diferente, todo el sistema quedó afectado de manera harto incisivo, tanto así, que nada quedó del proyecto mismo. Era el conocido péndulo en el que el derecho social debía transcurrir en el medio.

- La Constitución de 1993 en su Art. 29°, vuelve al planteamiento original de la Constitución de 1933, expresando que: "El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y a promover otras formas de participación". Con la primera parte del enunciado retrotraemos el tema a la forma primaria de participación, adoptada infraconstitucionalmente por los Ds. Legs. Nos. 677 y 892 y reglamentados por el D.S. N° 009-98-TR; y, con la segunda, simplemente nos quedamos en el plano del voluntarismo y el lirismo que tanto ha caracterizado a nuestros proyectos constitucionales durante toda nuestra vida republicana. Así redactada la norma, no propicia el enriquecimiento de la institución participativa en la que los trabajadores tengan que ver directamente con la organización del trabajo en el interior de la empresa donde trabajan; sino que son relegados a ser simples colaborares o agentes productivos en el proyecto- empresa y sólo se les permite por ello, recoger la parte proporcional del beneficio patrimonial de aquélla, conforme a los extremos contemplados por los Ds. Legs. Nos. 677 y 892 y su reglamento

Se hace alusión de que el Estado propiciará nuevas formas de participación, y pese a las décadas ya transcurridas no se ha propuesto una sola enmienda para hacer viable lo señalado por la Constitución al respecto.

Las disposiciones infraconstitucionales de avanzada de ayer relacionadas con la participación de los trabajadores

2/ - La L. N° 4916 en su original Art. 6°, *in fine,* y el Art. 40° de su Regl., el D.S. del 22/06/1928[5], establecieron la primera idea participativa de tipo individual en favor de los empleados del país, al introducir la idea de que "En todos los casos en que el dependiente o empleado fuera coparticipe en las utilidades de los negocios de su principal o patrón no le alcanzarían los beneficios de esta ley". Era pues, una disposición eminentemente restrictiva, al mismo tiempo que excluyente, ya que condicionaba el pago de las utilidades a no percibir los derechos sociales consagrados por la ley de la materia en beneficio de los dependientes. Es decir, se había legislado excluyentemente por uno u otro derecho social del servidor del medio. Una norma dictada en estos términos no podía mantenerse en silencio, y fueron muchas las críticas que recibió obligando a hacer una aclaración legislativa a tan objetivo dislate legislativo.

La L. N° 5119 del 15/06/1925 aclaró, reglamentariamente, los alcances del Art. 6°, segunda parte de la L. N° 4916 expresando en su Art. 1°, que la exclusión de los derechos sociales v/s los participativos de los trabajadores, debía constar expresamente en el contrato, y que la perdida del beneficio en cuestión se extinguía por despido o renuncia (Art. 2°).

La L. N° 10908 del 03/12/1948, en su cuarto considerando se remite al Art. 45° de la Constitución de 1933, y dentro de su cuerpo, el Art. 1° precisa que este régimen es aplicable a las empresas cuyos recursos (fijados en los balances: Art. 2°) no sean menores de S/50,000.00 al año, precisando que el beneficio era aplicable a los empleados y obreros que allí trabajasen, sobre la base del 30% de las utilidades netas (Art. 3°), reparto a fijarse novedosamente del modo siguiente: 20% en dinero en efectivo y el 80% en acciones intransferibles a nombre de cada trabajador (Art. 5°), adoptándose por primera vez en el país la forma del reparto participativo a través del accionariado difundido[6] que, obviamente, no prosperó por la reacción y protesta esta vez patronal, de la época, y porque la misma disposición de manera alguna pudo aplicarse por voluntad de los empresarios, argumentándose que la ley no había sido reglamentada, hasta que fue promulgado el D.S. del 27/12/1950[7] que modificó sustancialmente el espíritu de este revolucionario articulado legal.

El D.S. del 27/12/1950, que por L. N° 11672 del 31/12/1951 fue ungido en ley, cocinado entre gallos y medianoche, luego de la violenta protesta patronal desatada contra el espíritu

(5) El Art. único de la L. N° 9809 del 05/01/1943 elevó a rango de ley esta disposición y el 68° de su reglamento.
(6) L. N° 24723 del 09/10/1987 sobre accionariado difundido.
(7) Rendón Vásquez, Jorge, Derecho Individual del Trabajo, p. 328, N° 336.

del Art. 3° de la L. N° 10908, modificó "en dulce" los alcances de ésta, sustituyéndose el derecho-beneficio de la entrega de acciones de capital por el criterio participatorio del "Régimen de Compensación de Utilidades", recurriendo para su distribución a fórmulas discriminatorias entre obreros y empleados, del modo siguiente (Art. 1°):

EMPLEADOS:

- De 3 meses un día a 6 meses de servicios : 25% de la remuneración ordinaria mensual.
- De 6 meses un día a 10 años de servicios: una quincena de remuneración ordinaria mensual.
- De 10 años un día a 15 años de servicios: 55 % de la remuneración ordinaria mensual.
- De 15 años un día a 20 años de servicios: 60 % de la remuneración ordinaria mensual.
- De 20 años un día a 25 años de servicios: 65 % de la remuneración ordinaria mensual.
- De 25 años un día a 30 años de servicios: 75 % de la remuneración ordinaria mensual.
- De 30 años de servicios: el monto mensual de la remuneración ordinaria.

OBREROS:

- De 3 meses un día a 6 meses de servicios: el monto de 3 días de salario ordinario.
- De 6 meses un día a 10 años de servicios: el monto de la remuneración ordinaria correspondiente a una semana.
- De 10 años un día a 15 años de servicios: el monto de la remuneración ordinaria correspondiente a una semana, aumentado el 10%.
- De 15 años un día a 20 años de servicios: el monto de la remuneración ordinaria correspondiente a una semana, aumentado el 30%
- De 20 años un día a 25 años de servicios: el monto de la remuneración ordinaria correspondiente a una semana, aumentado en 30%
- De 25 años un día a 30 años de servicios: el monto de la remuneración ordinaria correspondiente a una semana, aumentado en 50%
- De 30 años de servicios: el monto de la remuneración ordinaria correspondiente a dos semanas.

El Art. 7° expresó que el pago de utilidades estaba inafecto al pago tributario, con lo cual se incidió en el hecho reconocido de que su reparto no era propiamente ni salarios o haberes, excluyendo de su obtención a los remunerados en moneda extranjera (Art. 10°). De esta manera, el solitario hasta entonces derecho-participación con accionariado de la empresa quedó sólo para nuestro recuerdo histórico-legislativo.

El D.L. N° 18350 (Ley General de Industrias)[8] tuvo la virtud de revertir lo que hasta enton había sido un régimen de participación individual para convertirlo en colectivo, y tuvo de partida una vigorosa búsqueda de hallar con el impulso industrial una mayor producción, a su vez, que un mejor reparto de la torta económica generada por los trabajadores. Por primera vez en nuestra historia republicana lo social empujaba activamente a lo económico para que la distribución de la riqueza fuera fijada en términos más equitativos, y pese a las airadas protestas patronales, iguales a las habidas durante el reinado inocuo de la L. N° 10908, la disposición en contraposición a esta última si se aplicó a las empresas donde laboraban los dependientes concernidos. Con el nuevo sistema participativo se impuso con resultados verdaderamente sorprendentes toda una revolución en la forma de entender la empresa desde adentro, pues con ella el trabajador dejó de ser un extraño a aquella; para convertirse en un verdadero colaborador de la misma, y nunca como durante su breve reinado el reparto de las utilidades y de la riqueza del país tuvo características francamente equitativas como ya se mencionó.

El Art. 21° de la norma expresó que "Toda empresa industrial deducirá anualmente el 10% de su renta que será distribuída entre todos los trabajadores que a tiempo completo laboren efectivamente en ella". De esta manera, existía un reparto de utilidades individual (*participación líquida*: 15% para las empresas industriales, 8% para las empresas pesqueras, 5% para las empresas mineras y 15% para las empresas de telecomunicaciones) y otro colectivo gerenciado por la Comunidad Industrial (*participación patrimonial*)[9].

Mucho más categóricos e importantes fueron los Arts. 23° y ss. que crearon una institución participativa con su propia personería jurídica: *la comunidad industrial* (Art. 23°), igual como los sindicatos llamados a regular lo atinente a esta participación colectiva de los trabajadores de las empresas industriales denominada Comunidad Industrial[10], parecida a los *comites de empresa* de los países europeos occidentales, encargada de la salvaguardia del derecho participativo de los trabajadores que se iniciaba con esta novedosa ley, no igualada en ningún país del mundo como ya se indicó. Esta organización tendría un capital constante equivalente al 15% de la renta neta, arrojadas en cada ejercicio anual por las empresas, libre de impuestos (Art. 24°) y alcanzado con este aporte el 50% del patrimonio de la empresa, automáticamente "...los trabajadores, individualmente, pasaban a ser propietarios de las acciones o participación de ese 50% del patrimonio de la empresa dentro de la condición de cooperativa industrial..." (Art. 25°). A su vez, el Art. 22° mencionó:"1) El 50% del monto de esta deducción será distribuida a prorrata entre todos los trabajadores y 2) El 50% restante, en forma directamente proporcional a las remuneraciones personales básicas, de acuerdo a planilla". Se había llegado con este reparto al clímax del derecho participatorio del país.

(8) Este inicial derecho paricipativo se extendió con los Ds. Ls. Nos. 18810 del 25/03/1971, 18880 del 08/06/1971 y 19020 del 09/11/1971 para las empresas pesqueras, mineras y de telecomunicaciones. (V. D.L. No. 18384 sobre las comunidades industriales en general).

(9) Rendón Vásquez, Jorge, ídem.

(10) V., D.L. N° 18384 relativa a los objetivos, constitución y funcionamiento de las comunidades industriales.

Las disposiciones infraconstitucionales derogatorias de ayer, relacionadas con la participación de los trabajadores

3/ - El D.L. N° 21789 del 01/02/1977, norma denominada "Nueva Ley de Comunidades Industriales del Sector Privado"[11] complementada por el D.S. N° 002-77-IT/DS del 22/04/1977, D.S. N° 010- 82-ITI/IND del 11/02/1982, L. N° 24507 del 10/12/1982, sirvieron para vaciar parte del contenido jurídico primigenio del D.L. N° 18350 (Títulos VII y VIII), así como a todas las disposiciones legales que bajo su égida habían sido dictadas[12]; pero al mismo tiempo sirvió para reglamentar las funciones de la "nueva" institución participativa. Fue así que la ley dispuso asemejar la naturaleza jurídica de la comunidad industrial a la funcionalidad de las asociaciones del Derecho común o en todo caso de las organizaciones sindicales (democracia y control asociativo) Arts. 19° y ss.). El Art. 38°[13]; dispuso que la participación patrimonial (cuya naturaleza colectiva había representado en su breve pasaje legislativo su marco referencial de importancia suprema) dejaba de ser tal, para convertirse en mera *participación líquida* como por siempre había ocurrido entre nosotros, pese a que el segundo considerando de la disposición indicaba que la norma se promulgaba para adecuar a la comunidad industrial dentro del Derecho de participación y que los supuestos a "... la propiedad, gestión y utilidades de la empresa..." quedaban incólumes. De otro lado, si bien seguía destinándose el flujo del 15% de la renta neta para la institución participativa, dejó de ser, a partir de entonces, un importe *ad corpus* perteneciente a la comunidad industrial, puesto que sólo el 1.5% de dicha masa debía registrarse a su nombre (Art. 38°,b) en una denominada "Cuenta de Participación Patrimonial del Trabajo" (Art. 39°) que albergaba, además, las "Acciones Laborales, los "Bonos de Trabajo", "Títulos de Interés Social", etc. (Art. 40°) y hasta dos tercios de las acciones laborales podían convertirse en estas nuevas denominaciones participativas (Art. 77° del D.S. No. 002-77-IT/DS). Asimismo, se mantuvo la participación de las utilidades para los dependientes en el tradicional 10% de la renta neta de la empresa (Art. 56°). En fin, los representantes de los trabajadores agrupados en la comunidad industrial sólo participaban en el directorio de la empresa, por tanto, en la gestión empresarial pero como titulares de acciones laborales y no de capital como originalmente estaba previsto, quedando excluidos los tenedores del resto de títulos participativos creados por el Art. 40° de la ley. Para que no quedara duda del espíritu de la regresiva legislación que estaba impregnando la ley, el Art. 80° gravó tributariamente a la institución (V. Arts. 57° y ss. del D.S. N° 002-77-IT/DS)[14].

(11) Para el sector pesquero se dictó el D.L. No. 22329 de 07/11/1978, quedando reducida la participación comunitaria en el 12% (Art. 38°) y en el 8% la participación en las utilidades de la empresa (Art. 56°). Para el sector minero se promulgó el D.L. No. 22333 de 14/11/1978 (V. su reglamento, D.S. No. 014-79-EM/OCLA de 05/04/1979), quedando reducida la participación comunitaria en el 6% (Art. 26°) y en el 4% la participación en las utilidades de la empresa (Art. 44°).

(12) V., L. N° 23507 del 10/12/1982.

(13) V., Ds.Ls. Nos. 21789 del 01/02/1977, 22229 del 11/07/1978 y 23507 del 10/12/1982, sobre la modifica- ción hecha a la ley de comunidades industriales, pesqueras y de telecomunicaciones.

(14) V. Art. 9 del D.S. N° 002-77-IT/DS. Con la letra de estos articulados era imposible arribar al 50% del accionariado de la empresa

El D.L. N° 22229, bajo el epígrafe de que era una disposición creada para "Aumentar el Ahorro Interno y Canalizarlo a la Inversión Productiva", sustituyó y/o modificó una serie de artículos del D.L. N° 21789 y, entre otros aspectos, comprometió al entonces Banco Industrial del Perú para redimir a través de él los bonos de reinversión del trabajo (Art. 8°, segunda parte).

La L. N° 23407, Ley General de Industrias[15], en su Art. 105° persiste en sostener que la participación de los trabajadores es "...en la gestión, utilidades y propiedad de las empre industriales de conformidad con el Art. 56° de la Constitución..."; empero, el Art. 106° introdujo la alternativa de que los trabajadores debían "...optar por decisión mayoritaria, por cualquiera de los sistemas de participación líquida y patrimonial..." de los sistemas excluyentes I y II.

El sistema I, eminentemente patrimonial-institucional, dispuso escalas de distribución de utilidades para los trabajadores en porcentajes del 10% en el reparto directo entre los trabajadores, 13.5% en la emisión de acciones laborales y un 1.5% para los gastos de la comunidad industrial, respectivamente.

El sistema II, eminentemente patrimonial, contempló un reparto único de las utilidades entre los trabajadores, del 17%.

Era el inicio del ocaso del sistema participatorio más avanzado que se había tenido en el país, puesto que la mayoría de los trabajadores optaron por el sistema II, patrimonialmente más beneficioso para ellos en ese instante que el otro, languideciéndose la comunidad industrial (opción I) hasta su ulterior desaparición producida con la dación de las normas legales en vigor, dictada por el régimen fujimorista, mantenidas en pie.

2. Las disposiciones infraconstitucionales de hoy relacionadas con la participación de los trabajadores

4/ - Sin pena ni gloria, y con la absoluta complacencia patronal y desidia laboral, la importantísima normativa anterior, *ut supra*, fue derogada por los Ds. Legs. Nos. 677 de 02/10/1991 y 892 de 08/11/1996, y su Reglamento, el D.S. N° 009-98-TR del 05/08/1998 desapareciendo con ellos la participación colectiva y también su institución más vigorosa e importante que nació con la comunidad industrial[16], y desde entonces

(15) V., D. S. N° 046-82-ITI/IND del 01/10/1982, Rs. Drs. Nos. 327-82-ITI/DGI-DP del 11/10/1982, 328-82-ITI-DGI-DP del 11/10/1982, 332-82-ITI-DGI-DP del 11/10/1982, D.S. N° 053-82-ITI/IND, D.S. N° 27-86- ICTI/IND del 29/08/1986.

(16) Para la participación en la gestión, el Art. 6° del D. Leg. N° 677 creó el "Comité destinado a mejorar la producción y productividad de las empresas", que, por no haberse reglamentado a la fecha, los indicados comités terminaron siendo creaciones de buena voluntad, pese a haber reemplazado a las extintas comunidades industriales. La 2ª. DFT del D.L. aludido menciona que las comunidades industriales pueden subsistir como personas jurídicas (asociación), llamadas a representar a los trabajadores en los asuntos participativos; sin embargo, este registro asociativo tampoco tuvo espacio legal alguno; de donde pues, las instituciones creadas por la nueva normatividad en la práctica jamás se implementaron, a la fecha.

a la fecha, como durante las primeras décadas del siglo anterior, la participación de los trabajadores se circunscribe al aspecto eminentemente patrimonial, vale decir, al reparto de sumas líquidas, principio coadyuvado en parte por el Art. 29° de la vigente Constitución, como ya fue indicado.

La disposición expresa que están obligadas a dotar de utilidades las empresas generadoras de renta de tercera categoría; vale decir, las dedicadas al comercio, la industrial, minera, etc.[17](Art. 1° del D. Leg. No. 892)[18], y el reparto debe efectuarse sobre la renta neta, deduciendo las pérdidas de hasta los cuatro ejercicios anteriores (Art. 4° del D. Leg. No. 892)[19]; en fin, las utilidades en cuanto a su reparto, conforme al Art. 2°, han quedado reducidos a los siguientes porcentajes:

Empresas mineras.....8%;

Empresas pesqueras..... 10%;

Empresas industriales 10%:

Empresas de telecomunicación..... 10%

Empresas de comercio al por mayor
y por menor y restaurantes 8%

Empresas de otras actividades..... 5%.

Dependiendo del sector al cual pertenece la empresa, el porcentaje antes mencionado se reparte en lo fundamental del siguiente modo: 50% en función de los días trabajados (días efectivos de trabajo en jornada ordinaria laboral y las ausencias consideradas asistencia por mandato legal); y el restante 50%, en función de las remuneraciones percibidos por el personal, siendo su tope 18 remuneraciones mensuales vigentes al cierre del ejercicio (Arts. 2° del D. Leg. N° 892, y 4°, 5° y 7° de su reglamento).

- En lo formal, el reparto de estas utilidades exige cumplir el pago utilizando el formato establecido por el Art. 16° del Regl. del D. Leg. N° 892 (nombre o razón social de la empresa, nombre del trabajador, renta anual de la empresa antes de los impuestos, número de días laborados por el servidor, remuneración considerada para el cálculo,

(17) V., D. Leg. N° 774 y D.S. N° 054-99-EF (TUO-LIR), su Art. 28°.

(18) Están excluidas del reparto de utilidades las empresas cooperativas, las autogestionarias, las sociedades civiles y las empresas que cuenten con menos de 20 trabajadores (Arts. 9°, 10° y 11° del D. Leg. N° 677).

(19) En la CAS LAB, Exp. N° 3432-97, Ica, del 16/07/1999, caso Shogung, se indicó en el 5° considerando que: "las pérdidas que sufra una empresa se deducirán de la renta neta de tercera categoría que perciba durante los cuatro ejercicios económicos siguientes, de manera que no puede dejar de cargarse tal pasivo, hasta cubrirlo íntegramente; no son en uno sino en cuatro períodos sucesivos" (sic), ratificándose los alcances del cuestionado Art. 4° del D. Leg. N° 892. Por la indebida desviación que la ley ofrece al derecho de participación, por años la riqueza del país se reparte de modo irracional, generando brechas socio-económicas entre la población laboral como jamás se había exhibido.

número total de días laborados por todos los trabajadores de la empresa con derecho a percibir utilidades, remuneración total pagada a todos los trabajadores de la empresa y monto del remanente generado por el trabajador de ser el caso); las utilidades son tratadas como renta de quinta categoría, pasible del pago impositivo tributario tanto del lado del empleador como del trabajador (Art. 34°,c del D.S. 054-99-EF), aunque hasta el momento viene produciéndose una exoneración para el caso de los dependientes; que ante el aumento de capital las empresas por suscripción pública deberán ofertar prioritariamente el 10% de dicho accionariado a su personal (Art. 7° del D. Leg. N° 677). Salvo el reparto de las utilidades del modo precisado, el resto de lo normado es letra muerta.

La L. N° 27028 del 29/11/1998 modificó el nombre de "acciones laborales" por "acciones de inversión" y la "cuenta patrimonial del trabajo" por "cuentas de acciones de inversión", disposición que permitió lapidar definitivamente el sistema participativo que brevemente floreció en nuestro país durante 1970-75 (V., 3ª. DF y T del D. Leg. N° 677).

1. Reflexiones

5/ El *desarrollo social de la empresa* impuesta en los países avanzados de Europa ha podido establecer que la libertad, la propiedad, la riqueza, la participación, las libertades públicas, el respeto a la persona humana se encuentran íntimamente entrelazadas, lo que ha permitido entender modernamente a aquella, como unidad cooperadora entre el capital y el trabajo, y no a sus elementos humanos como excluyentes del proyecto llamado empresa; por lo tanto, las personas y el capital que hacen mover una empresa se complementan. Y es que los gobernantes europeos que han conocido revoluciones, prefieren dar derechos y beneficios a los trabajadores "de a pocos" que hacerlo "de golpe"; prefieren dar ahora énfasis a los asuntos sociales sin desdeñar los económicos; fortalecer las instituciones participativas de los trabajadores a través de los comités de empresa antes que favorecer unilateralmente el provecho de las empresas; motivar la producción y productividad a mantener posiciones restrictivas; a acordar a sus trabajadores una formación profesional continua para que se mantengan en el mercado del trabajo, a simplemente verificar que son simples "aves de paso"; en fin, imponer un régimen de distribución social de la riqueza germinada por el trabajo ajeno en términos más equitativos, que auspiciar la riqueza de algunos cuantos para que permanezcan toda ella en pocas manos. Existe, pues, una convivencia entre el capital y el trabajo al interior de la empresa, y ambos elementos fundamentales no sólo se identifican plenamente, sino que colaboran para hallar la salud y prosperidad de aquella. Recreando una nueva manera de entender la empresa en estos países, de la confrontación entre el capital y el trabajo se ha pasado a la colaboración entre los agentes productivos, dotando a las empresas, trabajadores y países en general, los caracteres inequívocos de una sana y prospera manera de hacer empresa, al mismo tiempo que una auspiciosa calidad de vida para sus ciudadanos-trabajadores.

Nada de lo expresado en lo antes dicho ha sido tratado en nuestro país para realizar un proyecto sostenido de empresa, donde el derecho de participación de los trabajadores

bien podría jugar un rol fundamental, y las efímeras propuestas habidas sobre el particular durante el inicial régimen militar de los 70 del siglo anterior, satanizado hasta el cansancio, aún hasta ahora, debió sucumbir sin más, en parte, por la indiferencia de los mismos trabajadores que se rindieron sin condiciones ante la arremetida desreguladora que se hizo al poco tiempo de su implementación legal. El resultado: los trabajadores siguen siendo por todo esto personas extrañas a la empresa, generando un ninguneo de su presencia en el interior de ellas y un pésimo reparto de las riquezas del país[20], displicencias apoyadas en disposiciones legales hechas a la medida del gran capital, y con un contenido eminentemente mercantilista. Todo esto, consideramos, debe cambiar para hacer empresas modernas y poderosas, gerenciadas de una manera científica, donde el norte fundamental sea una mayor producción y productividad, con sus logros inmediatos y tangibles; en fin, imponer el reparto compartido -también equitativo- de las utilidades que las empresas deberán proveer a los trabajadores tanto en las riquezas que se encargaron de crear; así como en la participación mismas del destino de la organización empresarial toda; si estamos frente a grupos económicos.

Finalmente, es curioso que la experiencia participativa de nuestro país haya sido impuesta legislativamente desde arriba y no como producto de la reivindicación obrera, al no haberse presentado nunca, ningún proyecto de real participación del lado de los directamente concernidos, los trabajadores, y creemos que ya es el momento para que éstos se encarguen, en lo posible, de ejercitar un ensayo distinto del pendular que hasta ahora se ha encargado de gobernar el Derecho participativo del medio; ello, si es que deseamos que esta institución, importante en otras latitu adopte los brillos que alguna vez tuvo entre nosotros, para lo cual es necesario verificar cómo se presenta este derecho desde el punto de vista doctrinario, y qué justificación legal existiría en el medio para adoptar una nueva orientación legislativa al respecto.

II. COMO SE PRESENTA EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN Y SU JUSTIFICACIÓN

La participación de los trabajadores en las empresas ha sido el último esfuerzo bipartito que las partes productivas se han esforzado por canalizar en el interior de ellas, con la finalidad de que de un lado los ingresos de los trabajadores se vean mejorados con ocasión del reparto de una porción de los frutos obtenidos por las empresas, al mismo tiempo que vehicular un estímulo a los dependientes con este reparto para que produzcan más y mejor. De esta manera, las partes productivas por partida doble se han visto favorecidas: los trabajadores al percibir mayores ingresos, independientes de los salarios habituales; y los empleadores una mayor producción- productividad que redundará en los proyectos de expansión, signo característico e inequívoco de las empresas modernas y competitivas.

(20) Según el INEI, quienes más ganan en el país lo hacen 34 veces per capita. Se sabe que el empresario minero Roque Benavides es el más acaudalado del país.

Desde luego, para el logro de estos *propósitos* ha sido necesario deponer una serie de prejuicios, rivalidades, concepciones y hasta ideologías. Así, el empleador ha tenido que abrir sus puertas para que ingresen a ella los trabajadores para que verifiquen lo más secreto de su organización, signo plausible que ha permitido dar confianza a sus eternos interlocutores, los trabajadores. A su vez, éstos, conscientes de la realidad de la empresa se han empeñado en producir más y mejorar las marcas existentes con el auxilio de parámetros que de consuno han puesto en circulación, basados en la buena fe, transparencia y contrastación de resultados.

Por lo visto, en el Derecho comparado, el de participación se justifica plenamente, y han quedado sentadas las bases para que su desarrollo pueda fortalecerse e implementarse en otras latitudes, albergando incluso organizaciones paritarias, encargadas de su supervisión, tal los ya mencionados comités de empresas.

1. Acepciones del término participación

6/ Para Otto Kahn-Freund, tres son las acepciones posibles del término participación. Puede designar únicamente la representación de los trabajadores o de sus sindicatos dentro de los órganos de una empresa industrial o comercial de carácter privado, o de un departamento del gobierno central o de una entidad regional o local que asegura un servicio público. Lo es también, en una segunda acepción, respecto de la representación de los trabajadores en los establecimientos o de las empresas (comité o consejo de empresa o de establecimiento, delegados de personal, delegados sindicales, etc.). Finalmente, el término puede interpretarse como la participación de los sindicatos en las decisiones de orientación y administración, apoyados en los diferentes procedimientos que posibilita la negociación colectiva de trabajo[21] .

Para Luis Enrique de la Villa[22], un tanto más genérico que Otto Kahn-Freund, ofrece un abanico de cinco acepciones que engloban el término *participación*; siendo ellos: participación activista, indicando la pertenencia de un individuo a una organización; puede indicar una participación integradora o de integración social en la que el individuo toma parte dentro de la sociedad por el proceso de socialización que nos es propio; puede presentarse como noción próxima a la manipulación y movilización ideológica que se presenta en las adhesiones que las personas tienen frente a determinadas causas; puede tener la acepción del reparto del poder con miras a representar grupos de opinión capaces de influenciar en la toma de decisiones; en fin, se asocia con la toma de decisiones de los grupos organizados con el ánimo de institucionalizar los proyectos.

Da la impresión, por el estudio del término, que la actitud contestataria del sindicato con la presencia de la participación de los trabajadores en el seno de la empresa se habría extinguido; sin embargo, la existencia de una y otra institución representativa de

(21) Kahn-Freund, Otto, op. cit., pp. 7 y 8
(22) De la Villa, Luis Enrique, "La Participación de los trabajadores en la Empresa", Instituto de Estudios Eco- nómicos, 1980, pp. 19 y 20

los trabajadores no se contraponen, en parte, porque los ejes de soporte de uno y otro siguen y seguirán siendo diferentes y autónomos, donde la injerencia del uno sobre el otro no es posible por normas de orden público específicas que así lo disponen; en todo caso, la participación de los trabajadores servirá para evitar o morigerar la conflictividad y contestación dentro de los predios empresariales, razón de ser de las organizaciones sindicales.

2. Ejes de soporte de la participación[23]

7/ La participación se apoya en tres ejes fundamentales: la información, la consulta y la co-decisión, principios llamados a realizar controles democráticos y transparentes en el ámbito de la empresa por parte de sus trabajadores[24]. Para la buena marcha de la institución participativa es recomendable que estos tres soportes tengan que copularse, puesto que el disloque de alguno de ellos podría implicar su fracaso. Sin embargo, cada país se ha encargado de adaptarlos a su propia realidad, evolución y conveniencia.

Por el principio de la *información* se debe entender la predisposición del empleador de dotar a sus trabajadores de cuanta información concierne a la marcha de la empresa "en su debido tiempo y ampliamente"[25], a fin de que éstos sepan bajo qué condiciones se están operando, y para ello puede recurrirse al uso del volante, el comunicado, panel informativo, balance social otorgado a los órganos representativos de los trabajadores, utilizando el internet, la página Web, etc. Asimismo, la información a proporcionar debe ser veraz y documentadamente. Y es que no podría existir participación de los trabajadores en los asuntos de la empresa si de por medio no existe la adecuada información de lo que está ocurriendo en su interior, dado que si esto acontece, los trabajadores no estarían en condición de realizar un real balance de la situación de la empresa, evitando así reacciones negativas o de timidez frente a lo que realmente está sucediendo en el seno de la empresa: si el trabajador es consciente de que la situación de aquella no es buena no tiene por qué actuar contrariando tal situación. En efecto, cualquier problema de información puede acarrear conflictos inopinados de trabajo, y los predios judiciales saben perfectamente que siempre ha sido la falsa información patronal la creadora de innumerables conflictos laborales.

Del lado de los trabajadores, es imprescindible conservar dicha información cautelosamente, y utilizarla sólo para los asuntos que conciernan con la marcha de la empresa en su conjunto, ya que siempre existirá una *obligación de no hacer* respecto de dicha información, cuya divulgación pasible de sanciones disciplinarias que pueden ir hasta el despido (Art. 25, Inc. "d" del TUO-LP- CL-728). Siendo éstas las reglas de juego, está dentro de la disposición de los trabajadores solicitar información importante sobre la marcha de la empresa y también de aquella que simplemente no lo sea tanto.

(23) Kahn-Freund, Otto, op. cit., pp. 11 y ss.
(24) Däubler, Wolfgang, op. cit., p. 314.
(25) Idem, p. 330.

En fin, como la información dada por la empresa es pasible de ser contrastada por los trabajadores, las empresas, a solicitud de aquellos, pueden ser asistidos por profesionales contables y/o económicos para analizarla, *in situ*, y en caso de reparos tener los mecanismos más idóneos de solución para evitar las confrontaciones que a este nivel resultarían inconvenientes. Para salvar estas deficiencias del conocimiento humano, para los representantes de los trabajadores en los comités de empresa se ha erigido en favor de ellos una agresiva formación profesional en los dominios de la administración, para que su misión dentro de estos cónclaves sea fructífera.

Es indudable que la información debe ser veraz, actual, conveniente y corriente, sobre todo, si en el seno de la empresa las partes productivas han concluido convenios colectivos que cobijen cláusulas de productividad, ya que cualquier falsa información colocaría a la parte laboral a la defensiva, reapareciendo la desconfianza que luego de hacer el balance correspondiente podría dar la sensación de que los trabajadores habrían sido timados en los verdaderos parámetros de las líneas de producción que ellos dicen conocer por haberla generado(26). P.ej., si los trabajadores son conscientes que trabajan al 80% y luego el empledor dice que sólo lo hacen al 50%, ponderarán de inmediato que la información brindada es falsa y, seguramente, para los ejercicios posteriores no tendrán el aprestamiento que anteriormente tuvieron para trabajar como se habían organizado o, parar el ritmo productivo, precisamente, por las fisuras que crea una falsa información a éste nivel. A tal fin, la información sobre la producción y rentabilidad de la empresa, actividad o servicio, es fundamental para la buena marcha de la empresa en su conjunto y para el Derecho de participación en lo abstracto.

Por la *consulta o audiencia*, los representantes de los trabajadores deberán ser consultados (oídos convenientemente), antes de que el empleador adopte una determinación sobre la marcha de la empresa o sobre la necesidad de implementar asuntos concernientes con la marcha de ésta (cambio de métodos de producción, adquisición de tecnología, innovación tecnológica, reclutamiento de nuevo personal, modificación de turnos de trabajo o de producción, ceses colectivos de trabajadores, etc.), a fin de tomar de ellos sus pareceres. De esta manera, es sometido a la decisión de los trabajadores cuanto atañe a la marcha de la empresa para que digan lo que le es suyo, sin cuyo requisito los acuerdos adoptados libremente por el empleador podrían ser nulos, y como en el caso alemán, la omisión incurrida ni siquiera posibilita confirmación posterior(27). Es el caso de un despido individual o colectivo ejecutado sin consultar a los órganos participativos. Esto no quiere decir que, corrido traslado de la información, los trabajadores deberán oponerse al proyecto o que, el empleador simplemente propone la consulta para cumplir con una formalidad exigida por la ley. El asunto es mucho más complejo, ya que los representantes de los trabajadores dentro del proceso de participación tienen una formación bastante acentuada en los temas internos de la empresa, y participan activamente dentro de ella en las materias de interés general, con

(26) Kahn-Freund, Otto, idem. p. 15.
(27) Franz Gamillscheg, "La Participation en la RFA", IN "La Participation...", cit., p. 30. V. Däubler, Wolfgang, op. cit., p. 345.

tanto conocimiento de causa que se confunden sus opiniones con las de sus directores patronales, motivo más que suficiente para que sus opiniones sean temporizadas en las tomas de decisiones, hecho que garantiza que la información dada por el empleador, y la decisión de los trabajadores sobre un asunto puntual sea la más idónea y consonante con la buena marcha de aquella. Como se ve, todo pasa por la adecuada reciprocidad entre empleador y trabajadores en los dominios que les concierne.

A la fecha no se ha hallado un mejor mecanismo de concertación entre las partes que el producido por la consulta, propósitos instrumentado transparentemente entre las partes productivas, a fin de sacar en claro el costo-beneficio de lo que se pretende innovar. De esta manera, las decisiones que el empleador adopta en las áreas de gobierno, son sometidas al parecer de sus trabajadores; *ergo*, las acciones inconsultas son considerados actos opuestos a los intereses de la empresa. Para que la consulta sea eficaz, utiliza el procedimiento que corresponde a la negociación colectiva, haciendo que esta arma de las Relaciones Colectivas del Trabajo se anexe al del de la participación, puesto que con este instrumento los trabajadores, toman o rechazan la decisión del empleador, sobre la marcha de la organización.

Por la *co-decisión* se debe entender el asentimiento que los trabajadores han de manifestar frente a cualquier decisión que haya nacido de las canteras de la empresa y que interese directamente a ellos o viceversa, siendo la idea central de este propósito que las decisiones que tome la empresa sean hechas conjuntamente con sus trabajadores, esto es, que participen en ellas ambas partes productivas[(28)]. Por cierto, que en una sociedad industrial como la nuestra estas aspiraciones, por su evolución, se ven bastante lejanas; sin embargo, operan sin vacilaciones en algunas latitudes avanzadas del orbe y con resultados prometedores.

La idea es simple: todas las decisiones relacionadas con la actuación del desarrollo del trabajo (condiciones formales de trabajo) deben contener la autodeterminación de ambas partes productivas (empleadores y trabajadores); tal la jornada de trabajo, reglamentos internos de trabajo, administración de conquistas sociales, etc., dentro de una concepción moderna que postula que ambos agentes son aliados cuando producen los bienes y servicios encargados de materializar, sin desdeñar la actividad de las organizaciones de los trabajadores que, por su dinámica y acción, siempre estarán atentos para corregir cualquier afectación de sus intereses y derechos. De esta manera, la empresa, oyendo las ideas de sus trabajadores cuando de toma de decisiones se trate, podrá verse favorecida, en el entendido de que las apreciaciones de su personal se presume son las mejores que pueden salir de sus fronteras para el beneficio recíproco. Desde luego, que la co- decisión es una de las posiciones de avanzada y en los países donde está instaurado el Derecho de Participación se aplica a todas las empresas sin importar el número de efectivos.

(28) Däubler, Wolfgang, op. cit., Idem.

Es tal el desarrollo de la participación que en Alemania, p.ej., las empresas con más de 2000 trabajadores están obligadas a tener, además de su comité de empresa y del sindicato, representantes dentro de su comité de vigilancia, encargado, con los nombrados por la empresa, de fiscalizar la marcha económica y financiera de éstas.

Hay quienes han visto dentro de estos estamentos la adaptabilidad de esta institución a las empresas modernas, que hallándose organizadas en grupos pequeños, utilizando tecnología de punta, dedicadas fundamentalmente a los servicios (tercerización de la economía); por ende, aparecen lo trabajadores más como colaboradores que como dependientes de las empresas donde laboran, ya que poseen conocimientos suficientes en los dominios tecnológicos, científicos y de gestión, lo cual les permite tratar los quehaceres de la empresa de "tú a tú" con sus directores; por eso, hay una gran receptibilidad patronal para estos representantes de los trabajadores, al existir, ante todo, un compromiso entre las partes productivas de conducirse como una uni conviviendo sin mayores sobresaltos instituciones de trabajadores y empleadores que han dejado sus antagonismos y confrontación, para situarse en un plano de colaboración mutua por el bienestar de la empresa. Así pues, cualquier acto patronal que tenga que ver con el desarrollo de la empresa, paritariamente deberá ser adoptado, de suerte tal que la autodeterminación de la cosa de la empresa sea un patrimonio participativo de sus partes productivas: empleadores y trabajadores.

3. Justificación

8/ La justificación del derecho de participación es variada, aunque todas las posiciones se han dirigido a señalar que con ella se potencia el desarrollo de la persona del trabajador (realización como hombre y de sus derechos); de ahí que, su implementación ha servido para interesar a los trabajadores en los resultados económicos de su empresa y a la utilización de la negociación colectiva para arribar a los propósitos que encierra este derecho. Así pues, se ha trasvasado hacía el campo colectivo el Derecho participativo.

Las justificaciones tejidas por la doctrina y la legislación comparada en pro del Derecho de participación son, *groso modo*, las siguientes:

Político-social. Parte de la constatación de que las nuevas relaciones de trabajo se sustentan en una propuesta en la que los agentes productivos han dejado de ser antagónicos para convertirse en protagónicos o colaboradores dentro del proceso productivo. Se dice que existe ahora una democracia laboral, posición que permite al trabajador: ciudadano y colaborador, ejercer en el seno de su empresa todos los derechos ciudadanos a su alcance (elección, consulta popular, veto, remoción, etc.). Esta nueva forma de entender el discurrir patronal evita las fricciones entre el capital y el trabajo durante su puesta en práctica.

Social. Esta posición aspira a que con la participación es posible aumentar la autoestima del trabajador, su nivel social y su proyecto de vida, incluyendo la percepción de nuevos recursos económicos con su mismo trabajo a fin de mejorar su nivel de vida.

Económico. Sugiere que una participación adecuadamente llevada a cabo, mejora directa o indirectamente la economía de la empresa, puesto que se consigue con ella el uso racional de la mano de obra, el perfeccionamiento de la organización y el de los medios de producción, Este engrandecimiento patronal no puede quedar cautivo dentro del campo del empleador, ya que esta mayor productividad ha sido posible gracias al desenvolvimiento de su personal, justificando plenamente su trasvase hacía ellos por haberse encargado de generarla. Además, se pretende con la participación que los trabajadores al final perciban recursos diferentes de los propiamente salariales, luego de alcanzar metas, niveles de desarrollo, la paz social, la seguridad de obtener una mayor productividad, etc.

Justificado el derecho de participación, el *quid* de éste, del lado empresarial, representa tratar de fundir los elementos "económicos" y "sociales", y de los trabajadores, que los intereses intrínsecos de éstos, en tanto que tales, no pueden estar separados, a los correspondientes a la empresa, ya que con la participación se debe unir antes que separar los esfuerzos productivos, puesto que como trabajadores no hay duda de que pertenezcan plenamente a la empresa donde trabajan. Para el empleador, la búsqueda de este interés pasa, necesariamente, por dotar la confianza requerida a su personal para que éste se oriente a producir más y mejor; esto es, p proteger la rentabilidad económica de la empresa, prodigio que se logra estableciendo puentes permanentes de comunicación entre las partes productivas. De esta manera, los intereses de las partes productivas quedan "reconciliados" con la participación de los trabajadores para que el proyecto empresa transite por surcos bien definidos, donde el norte permanente será producir más y ganar más, y si este propósito es permanente, mejor aún. Es, de esta manera, que se mantendrán inseparablemente lo "económico" y lo "social" dentro de una empresa para el bienestar de los agentes productivos que allí operan.

Y es que la participación busca al trabajador para que dé a la empresa sus propias ideas, iniciativas, detalles; en fin, proponer personas que colaboren con ella para mejorar, desde su perspectiva, las orientaciones de dirección y de gestión implementadas por la organización. De esta manera se ha logrado la "responsabilidad" de los trabajadores en el quehacer empresarial, y dentro de esta orientación, que sean considerados dentro de la empresa no tanto como individuos que están unidos a aquella sólo por un contrato de trabajo; sino, como quienes tienen una voz por expresar ante sus órganos de gobierno; puntos de vista vinculados con la marcha empresarial.

La participación busca del empleador que considere a su empresa no tanto como un emporio acabado donde estará dispuesto a sólo dar órdenes que sus trabajadores tendrán que acatar, sino que persigue buscar en ellos el interés por la organización, que éstos tengan bien colocada la camiseta para no solamente defenderla, sino, hacerla más productiva gracias a su permanente colaboración.

Copuladas estas dos búsquedas se hallará una técnica a través de la cual la empresa será más productiva, con la que los trabajadores hallarán un mejor bienestar (dignidad),

amén de que con ello crecerá la economía del país[29]; todo esto, sin que sea necesario renunciar ni al poder de dirección de los empleadores establecido en el art. 9° del TUO-728 ni al de contestación de los trabajadores (art. 2° y ss. del TUO-LRCT); vale decir, ni abdicar a la libertad de empresa ni a la libertad sindical que a cada cual le corresponde conforme a normas precisas e inderogables.

4. Clases

9/ Cada país ha establecido una forma especial de participación para sus trabajadores, conforme a la evolución de sus fuerzas productivas, democráticas, políticas; de acuerdo con las políticas remunerativas, del ahorro interno, etc. Desde estas perspectivas, hay países que potencian agresivamente la ley de la materia para regular este derecho (Alemania, Francia, nuestro país); otros que acentúan a que sea la negociación colectiva de trabajo la encargada de asegurar este propósito (Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Italia, la casi totalidad de países nórdicos); otros que ni siquiera han adopado una posición legislativa sobre el particular (países del noreste asiático, africanos); otros que favorecen la participación desde el ángulo de las relaciones individuales de trabajo (nuestro país); otros que facilitan, en cambio, su regulación recurriendo a sus relaciones colectivas (países avanzados de Europa y Estados Unidos). En fin, hay países que han establecido una gama enorme de posibilidades participativas (países avanzados), mientras que otros la han circunscrito a una sola variable, y casi siempre relacionada con el reparto patrimonial de las utilidades creadas por las empresas.

Otro modalidad legislativa tiene que ver con el volumen de trabajadores de una empresa o establecimiento con vocación para obtener el beneficio; otros ven si es necesario la creación de un órgano laboral llamado a controlar el derecho (comité, comisión o consejo de empresa, de establecimiento, comunidad industrial, etc.); otros, si la participación será a nivel de una empresa, rama de actividad o del cuadro interprofesional; en fin, si abarca a una empresa, establecimiento o grupo económico. Como podrá apreciarse, no es posible verificar cada una de las formas de participación existente: empero, trataremos de versar sobre las más importantes.

La cooperación. Los trabajadores luego de advertir que la lucha de clases para modificar el statu quo socio-económico de los pueblos era una tarea imposible, adoptaron una posición distinta de la inicial, que, como se recuerda, fue de confrontación entre el capital y el trabajo para dar paso a la cooperación entre ellos, con resultados asombrosos a la fecha, sobre todo, dentro de la clase laboral de los países desarrollados de Europa Occidental y USA.

La cogestión. Representa un mecanismo de participación de los trabajadores de última generación, correspondiente a una evolución superior de la aplicación del poder de dirección de las empresas, que persigue, que las partes productivas mancomunadamente lleven adelante el proyecto empresarial en materia técnica, organizativa, comercial y

(29) Kahn-Freund, Otto, op. cit., p. 13.

social[30], tan luego hayan superado el criterio primario y dominante de entender que siendo el empleador el propietario de los medios de producción, corresponde sólo a él resolver todos los asuntos concernientes a sus predios, sin posibilidad de oír más palpitaciones que las provenientes de sus propietarios. Con la cogestión se trata de dotar a los trabajadores de medios reguladores para que participen también en la gestión del negocio, en iguales condiciones como lo hace su titular. Desde ese instante, se presenta una ruptura en el poder único que los empleadores tienen de su negocio, ya que para la validez de sus decisiones deben contar con el asentimiento de los representantes de su personal. Entonces, dentro del concepto global de participación las cosas no pueden quedar en informar y escuchar a los trabajadores; sino que, además, importa que las decisiones patronales sean tomadas de consuno con los representantes de aquellos.

La autogestión representa participar, trabajadores y empleadores en el impulso productor, en la administración económica general, en los procesos técnicos y en el régimen laboral en su perspectiva superior, esto es, en aquellas decisiones fundamentales para el logro de los objetivos trazados por la empresa en tanto organización, ello por el matiz colectivo que asoman en su diario discurrir.

El del interés por los frutos en la expansión económica de la empresa. Siempre estará en disposición del empleador interesar a su personal para que parte de los frutos de su expansión económica sean entregados a éstos. Se supone que las empresas siempre tienen un proyecto concreto relacionado con su expansión, sea porque piensan que habrá una mayor venta de sus bienes y servicios producidos o un mejor precio en el mercado o una cifra de ventas totales superiores a las preestablecidas. La puesta en marcha de esta forma de participación consiste en convencer al personal para que superados determinados estándares considerados como loables por la empresa, se ingrese, *ipso facto*, a la expansión económica de ella, y será entonces que existirá un *plus*, parte del cual irá a las manos de los trabajadores. Para el efecto, es menester suscribir un convenio colectivo entre los representantes de las partes productivas (y *addendums* si hay modificaciones en el tiempo) en el que, pormenorizadamente, se mencionarán las condicion través de las cuales se aplicará este beneficio, sobresaliendo: el período de vigencia del convenio, su efecto inmediato o diferido y, sobre todo, si su aplicación es *erga omnes* o diferenciado[31]. Este y cualquier reparto de participación deberá constar en documento que sea el fiel reflejo de lo que se está abonando por este concepto, igual como ocurre con la entrega de las boletas de pago[32].

Participación en los beneficios. Este programa ha probado ser útil para ganar la colaboración y cooperación de los trabajadores dentro de las empresas, evitando las fricciones entre las partes productivas. Este sistema contempla una retribución complementaria a los salarios establecidos para los trabajadores, pago abonado sobre una

(30) Däubler, Wolfgang, op. cit., p. 393.

(31) Lyon-Caen, Gérard, "Le Salaire", publicado bajo la dirección de G.H. Camerlynck, 2da. Ed., Daloz, 1981,p. 172 y ss., Nos. 139 y ss.

(32) El Art. 7° del D.Leg. 892 de 08/11/1996, disposición que modificó el original D.Leg. N° 677, expresa que el reparto de utilidades de los trabajadores con vocación a ella deberá contener "una liquidación que precise la forma en que ha sido calculado".

suma adicional y proporcional a las ganancias obtenidas por la empresa durante un tiempo de referencia que, generalmente, es de un año. Obtenido el beneficio, su pago puede ser efectuado de manera inmediata o diferida; en este último caso, se agregarán los intereses correspondientes, al tiempo que se suscribirá el acuerdo del reparto y se creará un fondo para ser pagado en períodos estipulados por las partes, pago que podrá realizarse en metálico o a través de acciones de capital (accionariado obrero). De esta manera, se establece una relación directa del trabajador con la rentabilidad de la empresa.

Los viáticos. Son montos destinados al pago de habitación, vivienda, transporte, alimentación, etc. abonados a ciertos trabajadores para el desplazamiento realizado fuera de las instalaciones habituales de la empresa ejecutados por ciertos servidores, motivo por el cual hay quienes le atribuyen a estos importes vertidos el estatus de una condición de trabajo, más cuando éstos importes no son de libre disposición de los trabajadores al tener que rendir cuentas a su empleador por el destino dado a ellos, y no estar afectos a descuentos sociales (Art. 9° del TUO-CTS-650).

Las propinas. Son los pagos que algunos usuarios otorgan al personal por la prestación que directamente brindan al servicio solicitado, importe que va a parar a los caudales del trabajador; por lo tanto, es de su libre disposición pese a provenir de un tercero (el usuario), no tiene carácter de salario, porque no son pasibles de descuentos sociales, ni forman parte del salario indemnizable (L. N° 14701 del 13/11/1963 y L. N° 23128 del 09/07/1980).

Suplemento por carestía de la vida. Tienen por objeto adicionar al sueldo un importe de dinero a fin de compensar la carestía del costo de la vida –a raíz de los procesos inflacionarios– y así mantener la equivalencia entre sueldo nominal y real. Por su transitoriedad, así como por el objeto que persigue, no están considerados como salarios; en todo caso, los legisladores realizan todos los esfuerzos posibles para que no sea así en lo inmediato; para, al cabo de algún tiempo adoptar tal condición[33].

Cláusulas de productividad. Requieren para su eficacia de la información puntual sobre la producción y/o productividad de la empresa, de elementos objetivamente mensurables, así como de reglas escrupulosas del reparto, a fin de evaluar permanentemente el índice de estos factores-literalmente vitales-, para conocer el pulso de la productividad, y saber, a partir de esta medición, cómo se repartirán sus resultados a los trabajadores. Sin esta adecuada y verificada información estas cláusulas no tienen razón de ser, tal el caso nuestro que, habiéndose contemplado en el Art. 41° del D.L. N° 25593-LRCT (hoy TUO-LRCT), después de más de veinte años de vigencia no ha dado ningún resultado positivo.

(33) Durante el gobierno del presidente Alan García, muy proclive a gobernar bajo una inflación sin precedentes durante la República, se dictaron decenas de estas disposiciones legales. Con el gobierno de su sucesor, A. Fujimori, se dictó el D.S. N° 079-90-TR del 21/12/1990, que representa la última norma legal promulgada sobre esta materia.

Participación en el capital. A diferencia de lo expuesto anteriormente, en este específico caso, la expansión económica de la empresa se traducirá no en hacer entrega de sumas en metálico al personal por las utilidades obtenidas en un período de referencia, sino que, por el contrario, la empresa otorgará a los mismos acciones de capital de acuerdo al aumento del accionariado que acuse ésta en su evolución. En USA se denomina a este sistema "plan de acción de bonos" aunque el término más popular es el de "accionariado difundido". El Art. 7° del D.Leg. N° 677, para el caso nuestro ha contemplado que "las empresas...están obligadas, en caso de aumento de capital por suscripción pública a ofrecer a sus trabajadores la primera opción en la suscripción de acciones, en no menos del 10% del aumento del capital", norma que no ha tenido ninguna aplicación práctica.

5. Caracteres

10/. La participación de los trabajadores utiliza para su eficacia las mismas técnicas de la negociación colectiva de trabajo, y a través de ella las partes deberán estatuir el modo de participación que corresponderá al nivel de una empresa, rama de actividad, grupo económico o interprofesionalmente.

- Puede tratarse de una participación liquida recurriendo a la entrega de utilidades-patrimoniales, que por acuerdo bilateral o multilateral podrán diferirse en el tiempo, en cuyo caso, acordarán los intereses que se devengarán para sus beneficiarios, los mismos que, por su propia naturaleza, deberán ser mayoresalosintereses bancarios. Esteadeudotiene preferente pago yesimprescriptible, teniendo, además, la salvaguarda de poseer la prerrogativa legal del preferente pago y del efecto persecutorio sobre los bienes de la empresa ante su incumplimiento.
- El derecho de participación permite, bajo medidas de control, la emisión preferencial de acciones a favor de los trabajadores.
- La participación de los trabajadores permite la existencia de instituciones creadas por sus propios protagonistas para la mejor articulación y defensa de este derecho.
- Es un derecho-beneficio que favorece por igual a ambas partes productivas, brindando, además, un clima de paz laboral, cuando no, de la expresión de la democracia plena de los trabajadores en las decisiones importantes de la empresa donde laboran.
- Para el normal y óptimo desenvolvimiento de la empresa, las líneas de mando deben informar a los trabajadores de cuanto acontezca en el seno de ella para propiciar su debido control.
- La participación deberá operar en todos los órganos de gobierno de la empresa, aun en el comité de vigilancia en aquellos países que han adoptado este sistema tripartito de control empresarial[34].

(34) Las empresas de los países avanzados de Europa que cuenten con más de 2,000 trabajadores deben tener un consejo de vigilancia, donde también participan fiscalizando a los órganos de dirección.

- La participación puede operar de modo individual o colectivo[35].

6. La participación que tenemos

11. El Derecho de participación como viene de ser visto es variado, cada país ha expresado en torno a él el ejercicio de una prerrogativa llamada a cohesionar al capital y el trabajo; a establecer instituciones fortalecidas por el diálogo-participación de los agentes productivos; consignar paradigmas de la empresa y trabajadores que se necesitan en un momento determinado del desarrollo de los pueblos. Bajo estos y otras propuestas se ha visto la adultez que los entes productivos y sus asalariados han tenido luego de deponer ancianos estigmas que los habían gobernado, separado y mantenidos como fuerzas opositoras, acerca de lo importante que es la participación en el interior de la empresa.

Lo trascendente de esta última creación jurídica que el Derecho del Trabajo se ha encargado de normar con el apoyo de las relaciones colectivas de trabajo es, que no se ha detenido; y antes por el contrario se ha fortalecido. Por lo analizado sobre nuestra realidad jurídica del derecho de participación, no es precisamente el avance de la institución lo que ha ocurrido, ya que bajo criterios obsoletos que tienen que ver con la obsolescencia de nuestra clase dirigente-empresarial, las cosas han marchado de modo pendular, y en la actualidad nos hallamos en la parte lesiva de ese péndulo en cuanto a la protección que el derecho dice establecer en beneficio de los trabajadores, y como transita el escenario político-legislativo del medio, por el instante no se avizoran vientos favorables para que el instituto retome los aires que alguna vez tuvo.

Como ha sido indicado, existe un marco constitucional que regula el derecho (art. 29° de la Constitución) y los Ds. Legs. Nos. 677 y 892, reglamentados por el D.S. 009-98-TR, reglas legales promulgadas durante la dictadura anterior, que a la fecha no han merecido como tantas otras disposiciones dictadas bajo su manto, de la creación de una comisión de expertos para evaluar su valía legal, los cambios que debía tener, su anexión a la letra de la norma constitucional, entre otros escrutinios que merecen las leyes dictadas en épocas dictatoriales.

Las partes medulares de las disposiciones antes señaladas son eminentemente patrimoniales, como ya fue indicado, y para acceder al reparto de utilidades en el medio es menester:

- Laborar en una empresa que genere rentas de tercera categoría.
- Tener un contrato de trabajo a plazo indeterminado, sujeto a modalidad o a tiempo parcial.

Asimismo, deben presentar un balance social a su personal, igual que el económico-financiero de pérdidas y ganancias presentado al fisco.

(35) V., OIT- Convenio N° 135 y Recomendaciones Nos. 94 y 113.

- La empresa debe como mínimo 20 trabajadores, a mensurar ponderando el número de efectivos que durante el año laboró en la empresa.
- La empresa debe arrojar utilidades en el ejercicio anual, y solo repartirá las utilidades allí captada, siempre que en los últimos cuatro ejercicios no haya registrado pérdidas, ya que si se produjeron éstas, entonces servirá la utilidad arrojada para cubrir las pérdidas registradas. Lo curioso es, que este enroque de utilidad-pérdida no es contrastada por ninguna autoridad; por eso, son muchas las empresas que durante toda su vida empresarial no entregaron utilidades a su personal.
- La distribución entre los trabajadores del reparto de utilidades es porcentual y opera para cada ejercicio del modo siguiente:
  - El 50% del monto de la participación se prorratea entre los trabajadores, dividiéndose la suma total de días laborados por todos los trabajadores, y el resultado se multiplica por el número de días laborados por cada trabajador.
  - El otro 50% se prorratea entra las remuneraciones de los trabajadores, dividiéndose éste con la suma total de las remuneraciones percibidas por todos los trabajadores, y su resultado se multiplicará por el total de las remuneraciones correspondientes a cada trabajador.
- El art. 2° del D.Leg. Nº 677 estableció el pago de utilidades antes de impuestos, de acuerdo a la actividad principal de la empresa, del modo siguiente: 10% para las empresas pesqueras, de telecomunicaciones e industriales; 8% para las empresas mineras; y 5% a las empresas dedicadas a otras actividades (ejercicios 1992-1996).
- El artículo 2º del D.Leg. Nº 892, vigente del 01-01-1997 a la fecha, hace suyo el art. 2° del D.Leg. Nº 677, agregando el *item* del comercio al por mayor y menor y restaurantes, con el reparto del 8% de su renta.
- 18 remuneraciones mensuales vigentes al cierre del ejercicio representan el límite del pago del dependiente. Si hubiera remanente, será destinado al Fondo destinado a la Capacitación de Trabajadores y Promoción del Empleo (FONDOEMPLEO).
- El pago del beneficio se realiza dentro de los 30 días siguientes al vencimiento del plazo para la Declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta.
- El artículo 3º del D.S. N° 009-98, vigente desde el 07-08-1998 señala los parámetros para el pago de las utilidades, indicando: "Para determinar la actividad que realizan las empresas obligadas a distribuir utilidades, de conformidad con el artículo 2° de la ley, se tomará en cuenta la Clasificación Internacional Industrial Uniforme (CIIU) de las Naciones Unidas, Revisión 3, salvo ley expresa en contrario. A la fecha NO se ha dictado norma alguna en contrario de lo regulado por la CIIU (anexo 1); por lo tanto, todas las empresas obligadas pagar utilidades habrán de sumergirse a su letra.

  De otro lado, la norma excluye a un número importante de trabajadores para acceder a este beneficio, siendo ellos:

- Quienes laboren en las empresas con menos de 20 trabajadores, a la sazón un universo importante de servidores.
- Los trabajadores que laboran en cooperativas, de empresas autogestionarias y de sociedades civiles.
- Los trabajadores destacados por la intermediación laboral a una empresa usuaria.

CONCLUSIÓN

PRIMERA: El derecho de participación es la cenicienta del Derecho del Trabajo, ya que no es estudiado ni en el campo de las relaciones individuales, como tampoco en el de las colectivas de trabajo, omisión en su estudio que es deliberada, puesto que tiene que ver con el hecho de que cuándo las utilidades sea pagadas con arreglo a ley y, sobre todo, fiscalizadas como corresponde a todo derecho fundamental, por cierto que el panorama socio-económico del país será definitivamente otro, tanto para los trabajadores, el país y, desde luego, para las mismas empresas. Por lo demás ya lo experimentó cuando estuvieron vigentes las extintas comunidades industriales durante su corto reinado.

SEGUNDA: Es la sola norma laboral sustantiva que de manera directa se remite a una norma internacional, la CIIU, que a nivel planetario busca que al ser clasificada una empresa, per se, se sepa su ubicación, de qué modo deberá tributar al Estado y, sobre todo, de qué modo habrá de pagar las utilidades de los trabajadores que se encargan de generarlas.

Lima, abril del 2018.

AMERICA LATINA: EL IMPACTO DE LAS TECNOLOGÍAS EN EL EMPLEO Y LAS REFORMAS LABORALES

Juan Raso Delgue[1]
(Uruguay)

I. TECNOLOGÍAS Y SOCIEDAD: 1. Las transformaciones del trabajo.- 2. La revolución industrial: una revolución en etapas.- 3. La sociedad postindustrial.- 4. El impacto de las tecnologías en el trabajo. **II. AUTOMATIZACIÓN Y COMPETENCIAS HABILITANTES**: 5. Tareas manuales vs. tareas cognitivas.- 6. Sectores de actividad y tareas con riesgo de automatización. 7. Los trabajos del futuro.- 8. El reto de la industria 4.0: como construir empleo.- **III. LOS DESAFIOS DEL TRABAJO DEL FUTURO:** 9. El cambio de paradigma. 10. La doble cara del empleo juvenil en América Latina: alta formación vs. desempleo.- 11. Las Reformas Laborales: ¿desregulación o re-regulación?.- 12. Conclusiones: el desafío de los ajustes

RESUMEN

La historia de la humanidad es la historia de las diferentes formas de trabajo desarrolladas a partir de las innovaciones tecnológicas que fueron definiendo la forma de pensar y organizar una sociedad. En el actual modelo postindustrial confluyen tecnologías altamente automatizadas con cambios estructurales y culturales, que modifican las Instituciones

(1) Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Catedrático de Teoría de las Relaciones Laborales, Facultad de Derecho – Universidad de la República (Uruguay)

comúnmente aceptadas hasta la finalización del siglo XX. e impactan fuertemente en el modelo tradicional de trabajo.

La digitalización y automatización plantean la recalificación de las competencias habilitantes para el nuevo modelo industrial, en un contexto que polariza la sociedad entre trabajos que producen riqueza y trabajos pobres, trabajadores altamente capacitados y trabajadores expulsados del mercado de trabajo.

En América Latina (México, Chile, Brasil) se sigue el ejemplo de las reformas laborales europeas, pero las nuevas legislaciones responden más a un propósito político (desregulación del contrato de trabajo y actitud antisindical), que a estudios técnicos.

ABSTRACT

The history of humanity is the history of different forms of work developed from technological innovations, that define the way of thinking and organize a society. In the current post-indusrial model, highly automated technologies converge with structural and cultural changes, that modifiy the Institutions roles accepted until the end of the 20th century and impact strongly on the traditional work model.

Digitization and automation discusse the associated effects on the labour force and highlights what skills will be particularly sought after in the new industrial model, in a context thar polarizes societies in terms of the gap between rich works and poor works, highly qualified jobs and workers expelled from the labor market.

In Latin America (México, Brazil, Chile), we follow the example of European labor reforms, bat new the new legislation responds more to a political purpose (deregulation of work relationships and prejudice against labor unions), tha to technical studies

I TECNOLOGÍAS Y SOCIEDAD

1. Las transformaciones del trabajo

La historia de la humanidad es la historia de diferentes formas de trabajo desarrolladas a partir de las innovaciones tecnológicas: desde la primeras herramientas que permitieron al hombre primitivo transformarse en cazador, la sucesión de innovaciones (la rueda, la imprenta, la máquina de vapor, el ferrocarril, el chip) fueron definiendo una identidad y una cultura social en cada época.

La economía, la composición de los estamentos sociales, las riquezas mercantiles, las luchas sociales, las revoluciones se nutrieron en gran medida del trabajo y de los niveles tecnológicos, que en determinada época identificaron el desarrollo de la producción y las riquezas. Porque no hay en la historia una única forma de trabajo: existió el trabajo de los esclavos que levantaron pirámides y el de los artesanos que se formaron en las corporaciones de los siglos XV y XVI; el trabajo semi-dependiente de la *contracto operis* y de la *contracto operarum* de la época romana y el trabajo de los siervos de

la gleba del mundo feudal; el de los trabajadores de las fábricas y el teletrabajo. Las diversas tecnologías en una escala progresiva fueron definiendo las formas de trabajo, determinando su organización, su desarrollo, su decadencia, retroalimentándose con su contexto político, económico y social.

Las tecnologías del trabajo marcan las formas y la organización del trabajo. Los grandes cambios en la historia de la organización del trabajo son consecuencia de descubrimientos e inventos del ser humano que inciden directamente en las formas de trabajo: desde la piedra a la rueda, desde la máquina a vapor al petróleo y a la electricidad.

Un aspecto común marca a toda nueva tecnología: desde las más antiguas hasta las aplicaciones contemporáneas modifican la estructura del mercado laboral, detruyendo empleos ligados a las tecnologías anteriores y creando nuevas ocupaciones. Lo que hoy marca nuestra época es la velocidad de las transformaciones tecnológicas, que complejiza el tránsito desde los "viejos trabajos" a los "nuevos empleos".

De todos modos, no podemos negar o contraponernos a las nuevas tecnologías, porque –como expresa Nisbet– la historia de la humanidad avanza en forma lineal hacia "más" y ese progreso está impulsado, entre otras cosas, por el desarrollo tecnológico[(2)]. Las tecnologías han contribuido a alargar nuestras vidas, mejorar las condiciones de salud, volver más amigables muchas formas de trabajo, comunicarnos rápidamente con nuestros seres más queridos, trasponer los límites geográficos con una facilidad desconocida en el pasado. Al mismo tiempo, las tecnologías nos preocupan y producen miedos e inseguridades, porque destruyen modalidades de trabajo que para el ser humano constituyen el medio para satisfacer un fin: sus necesidades esenciales.

2. La revolución industrial: una revolución en etapas

Las opiniones no coinciden sobre el comienzo de la revolución industrial. Algunos consideran que la primera "revolución" se produjo en el momento que se logró la fusión de los metales, es decir alrededor del 4.000 A.C. en la Mesopotamia, el Oriente Medio y el Egipto.

Otros en cambio consideran que ella coincide con la época del mercantilismo (1400-1500 D.C.). El pasaje de la Edad Media a la revolución industrial estaba obstaculizado por la ausencia de un mercado suficientemente grande y por la existencia de las corporaciones que, con sus privilegios, impedían el progreso de la técnica industrial y los nuevos procesos de producción. Según esta tesis, el comienzo de la historia de la industria está marcado por diversos acontecimientos que se registran en los siglos XVII y XVIII: la escisión entre el comercio y la actividad técnico-productiva, debido al nacimiento de una verdadera clase de empresarios comerciales; la división del trabajo, es decir la disgregación del proceso de producción en los laboratorios de los diversos artesanos; el crecimiento del número de los obreros y la introducción de mujeres y niños en la

(2) NISBET Robert, "La historia de la idea del progreso", Barcelona 1981.

actividad industrial desarrollada a domicilio, y finalmente las primeras unificaciones nacionales, que creaban un vasto mercado interno(3).

Sin embargo la tesis más difundida es la que hace coincidir el comienzo de la historia industrial (la revolución industrial) con la difusión del maquinismo en larga escala. Correspondió a James Watt (1769) introducir la propulsión de la energía del vapor a inventos mecánicos, que ya habían sido experimentados en el siglo anterior. El uso organizado de la máquina trasladó el trabajo de los domicilios obreros a establecimientos centralizados para producir bienes de consumo(4). Nació de esta forma el trabajo subordinado, tal cual lo conocemos en nuestros días, que luego se expandiría y consolidaría con la llamada segunda revolución industrial, a comienzos del siglo XX.

La máquina acentuó la brecha entre los empresarios y los obreros, entre aquellos que tenían los medios económicos para poder adquirir los "bienes de producción" y que generalmente no trabajaban y los que trabajaban sin poder acumular suficiente capital para volverse propietarios de esas máquinas.

La primera revolución industrial se extendió hasta fines del siglo XIX y en ella el capitalismo afirmó su lógica productiva en el sistema de fábrica. Su bandera ideológica fue el individualismo liberal y la existencia de mano de obra barata permitió una explotación en gran escala. Trabajadores de todas las edades y con escasa capacitación cumplían extenuantes jornadas de trabajo, percibiendo empobrecidos salarios. Las corrientes migratorias hacia nuevos países constituían un alivio al desborde de los congestionados mercados de trabajo de las naciones europeas. El Estado, formalmente separado de los intereses del capital, tutelaba sin embargo esos intereses, reprimiendo la protesta obrera. Es ésta una etapa de gran desequilibrio entre clases dominantes y clases dependientes. Las relaciones de trabajo están marcadas por la coacción y el enorme poder del empleador. Frente al fracaso de la protesta obrera, fueron adquiriendo fuerza nuevas ideologías (marxismo, anarco-sindicalismo), que preconizaban la caída del capitalismo, víctima de sus contradicciones internas y del desarrollo de la lucha obrera. También se difunden ideologías menos radicales, como el pensamiento cristiano recogido en la encíclica *Rerum Novarum* (1891) de León XIII, o en los países industrializados de más antigua data (Inglaterra, Estados Unidos) proyectos reformistas y modernizadores de las las relaciones laborales, como es el caso de la *Fabian Society* - fundada en Inglaterra en 1883 y base del futuro partido laborista fundado en 1900.

Pero el verdadero desarrollo del trabajo subordinado - tal cual lo conocemos en nuestros días - se produjo con la segunda revolución industrial (cuando nos referiremos a ella más adelante, hablaremos del *industrialismo clásico*), a partir precisamente de comienzos del siglo XX. La utilización de nuevas fuentes de energía (fundamentalmente el petróleo y la electricidad), la invención del motor de combustión interna, la producción

(3) BRIATICO, Franco., *La rivoluzione industriale dell'800*, Cuneo 1959, pp. 7 y 8.
(4) BRIATICO, Franco., *ob. cit.*, p. 10.

del acero, la naciente industria química y - en lo económico - la concentración de capitales y medios de producción impusieron cambios cualitativos en los sistemas industriales.

Fruto de esta nueva organización del trabajo y expresión de la segunda revolución industrial fue un modelo de fábrica, cuyo arquetipo es la fábrica fordista. En 1909 Henry Ford anunció la producción del "modelo T", un automóvil práctico e igual para todos, destinado a ser producido para un mercado masivo. Ford comenzó a producir el modelo en serie sobre líneas de montaje a partir de 1913. El cambio de la primera a la segunda revolución industrial no está solo marcado por la línea de montaje, sino por la introducción en la fábrica fordista de una "organización científica del trabajo". Fue Frederick Taylor el hombre que supo racionalizar los procesos productivos, buscando mayor regularidad y rentabilidad del trabajo asalariado. Su mayor preocupación era aumentar la producción y elegir la mejor vía - la *one best way* - para aumentar la productividad de hombres y máquinas.

Con Taylor se desarrolla la cuestión central en los modos de producción del siglo XX, que es el aumento de la productividad del trabajo subordinado. Taylor introdujo los conceptos de "justo salario" para un "justo trabajo". El "justo trabajo" era determinado por un estudio científico de los movimientos del trabajador, que indicaba el método de producir en el menor tiempo posible. Fue también un método que dividió a los trabajadores en categorías rígidas, que los mismos trabajadores décadas más tarde, defenderían como base de una igualdad solidaria. Tiempos de trabajo fijos en tiempos predeterminados se retribuían con estructuras salariales estrictamente proporcionales a las tareas realizadas. El método exigía por otra parte una rígida supervisión y control por parte de los mandos medios y superiores, lo que desarrolló con especial fuerza la idea del poder disciplinario, cuya otra cara era la *subordinación*. Como hemos expresado, en la metodología laboral de Taylor no existía especial preocupación por la integridad física y psíquica del trabajador, motivo por el cual fue creciendo el conflicto social entre las empresas tayloristas y las organizaciones sindicales. De ahí derivó un efecto no deseado del modelo: la expansión y fortalecimiento de la organización sindical. En efecto el sindicato se potenció desde comienzo del siglo XX precisamente como reacción al ***industrialismo***, expresión típica de la segunda revolución industrial, y supo sobre el *generalismo* del modelo construir la solidaridad de los trabajadores. La fábrica, las categorías, los tiempos de trabajo predeterminados, los salarios fijos, todo ayudó a formar esa conciencia común fortalecida por el efecto nivelador e igualitario del taylorismo.

Los avances tecnológicos que se producen en la segunda mitad del siglo XX transforman los métodos de producción de la 2a. revolución industrial. El *chip* es el pequeño símbolo de la gran transformación. Las nuevas tecnologías provocan una verdadera revolución en el campo de las relaciones laborales, que podemos resumir en tres aspectos:

a) a nivel individual, permiten al hombre multiplicar su capacidad de acción, lo que determinará la sustitución de grandes contingentes de mano de obra por sofisticadas máquinas y la promoción de un reducido número de trabajadores con la suficiente formación y capacitación para operar esas máquinas;

b) a nivel colectivo, se produce una fragmentación del sistema: por un lado, ya no será fácil organizar trabajadores con intereses y condiciones económicas muy diferentes; por el otro, existirá una gran movilidad de las empresas en un mercado que premiará aquellas que apostaron a la reconversión industrial y condenará a la quiebra a las que no se adecuaron a los cambios;

c) finalmente las nuevas tecnologías y la reconversión promueven nuevas formas de gestión del trabajo, que procurarán fundamentalmente una mayor productividad y competitividad.

3. La sociedad postindustrial

Hablamos de sociedad postindustrial para referirnos a un nuevo modelo de construcción social, en el que confluyen tecnologías altamente automatizadas con cambios estructurales y culturales, que modifican las Instituciones comúnmente aceptadas hasta la finalización del siglo XX. Nos referimos a ese modelo, en que los cambios de los modos de producir se retroalimentan en forma continua con modificaciones profundas de la sociedad, en un proceso de consecuencias imprevisibles. Las instituciones tradicionales –la familia, la religión, el sindicato, las ideologías, los códigos de comportamiento, el mismo concepto de "patria"– se disuelven, como expresa Bauman, y en este contexto también el trabajo pierde la solidez que garantizaban sus estructuras tradicionales: "lo pequeño, lo ligero y lo rápido es visto como bueno, al menos en el mundo de los iPhones y de los iPads"(5).

Las nuevas tecnologías se expresan en fenómenos desconocidos hasta tan solo pocas décadas, y que podemos así resumir:

a) El Estado-Nación pierde su rol hegemónico en el ámbito de su competencia geográfica, y los centros de poder se concentran en el capital financiero y las empresa transnacionales. En esta realidad, *los Estados se inclinan ante el poder económico – y supraestatal– de las cadenas mundiales de suministro, competiendo los gobernantes entre sí para atraer hacia sus países a las grande empresas, con ofertas de ventajas comparativas, que son negadas muchas veces a las empresas nacionales. Las nuevas tecnologías se vuelven el soporte de una sociedad on-line, que permite afianzar el poder de las empresas globales.*

b) *E*l nuevo modelo productivo –señala Sanguineti Raymond– se desarrolla a partir de las facilidades tecnológicas, que posibilitan la circulación de las mercancías y capitales, las transformaciones de las formas tradicionales de organización empresarial y los modos de produucción. Las empresas –expresa el autor– pueden localizar sus actividades en un espacio u otro del globo aprovechando las ventajas comparativas que es capaz de ofrecerles cada ubicación en términos de costes de producción, sin tener que asumir responsabilidad alguna por las condiciones en las cuales son

(5) BAUMAN Zygmunt y LYON David, "Vigilancia Líquida", Buenos Aires 2013, p.12.

elaborados los bienes que llevan sus marcas en cada uno de esos espacios... las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones hacen posible a la casa matriz mantener la coordinación global de los procesos de producción pese a su dispersión geográfica"[6].

c) La riqueza se vuelve inmaterial y volátil: las expresiones de la opulencia contemporánea no son los grandes edificios o las fábricas, sino los satélites y las comunicaciones. Ello determina a su vez que aumente la brecha tecnológica y la colonización virtual: las tecnologías promueven un nuevo mundo bipolar, que establece una barrera entre los excluidos e incluidos en el sistema informático.

d) Nacen nuevos trabajos; se multiplica la preocupación por el ambiente; las tecnologías permiten un mayor control del trabajo. Hablamos de "tecnosubordinación" o de *e-monitoring*.

e) No solo las empresas modifican su organización y sus estrategias productivas. También el trabajador – en particular, los trabajadores jóvenes - modifican su percepción e identificación con el trabajo. En el modelo taylorista, el trabajador resignaba libertad por salario (subordinación); en los nuevos paradigmas del trabajo, los jóvenes reclaman más autonomía y libertad y menos estabilidad.

f) El sindicato – en particular en América Latina – reacciona tarde ante el fenómeno de las transformaciones del trabajo y no tiene estrategias claras ante el futuro laboral. Preocupado generalmente por la inmediatez de sus reclamaciones salariales, teme investigar sobre el futuro, porque ese futuro destruye muchos elementos constitutivos de la tradicional solidaridad obrera.

4. El impacto de las tecnologías en el trabajo

Las nuevas tecnologías –especialmente aquellas vinculadas con la robótica, las aplicaciones, las TICs– producen en nuestras sociedades cambios tan sustanciales y rápidos, que determinan modificaciones de una intensidad nunca experimentada con anterioridad. Hablamos de su "efecto disruptivo" en el empleo: se multiplican los desafíos para la organización del trabajo y la producción, mientras se diluye el concepto tradicional de la subordinación, que dividía con criterios claros y sencillos la dependencia y la autonomía liberal.

Blanco –citando el Informe del Global Mckinsey Institute de 2014– señala entre las tecnologías, que impactan fuertemente en el trabajo, la reproducción e impresión 3D, la automatización del trabajo de conocimiento, tecnología de la nube, la robótica avanzada, vehículos autónomos o casi autónomos, la genómica de nueva generación, y nuevas modalidades de producción y almacenamiento de energía[7]. Pero también

(6) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo., "Los alcances de la responsabilidad social de las empresas multinacionales: del grupo", Salamanca, 2010

(7) BLANCO Oscar, "Las tecnologías disruptivas y su impacto en la relación de trabajo", XXXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Barranquilla (Colombia), mayo

veremos que nuevas tecnologías transformar el trabajo de sectores aparentemente tan tradicionales como el rural.

Podemos ordenar algunas características positivas comunes a las nuevas tecnologías:

- Requieren más conocimientos del trabajador y por lo tanto pueden traducirse en la expresión "más cerebro y menos músculo", favoreciendo así la incorporación de aquellos trabajadores que apuestan a un crecimiento - en profundidad y variedad – de sus saberes. Una consecuencia implícita es la abertura a una mayor participación de la mujer en el mercado de trabajo de calidad, al requerirse cada vez menos esfuerzo físico y más competencias cognitivas.
- Nacen nuevos sectores productivos: la industria del software, la robótica, la inteligencia artificial, etc.; al mismo tiempo la variedad de la oferta de productos y servicios retroalimenta nuevas ofertas, que requieren habilidades novedosas;
- Los ciudadanos acceden fácilmente y a todo nivel social a servicios, de los que antes estaban excluidos los sectores más pobres. De algún modo la telefonía celular se ha vuelto un ejemplo del efecto democratizador e inclusivo de muchas nuevas tecnologías;
- Algunas disciplinas y actividades han hecho extraordinarios progresos en base a las nuevas posibilidades que brindan las tecnologías, la acumulación de datos y la robótica, como es el caso de la medicina;
- Nuevos trabajos nacen en torno a la industria del software: entre ellos el teletrabajo, la construcción de datos, el entretenimiento, la popularización de la economía, etc.

También es cierto que las tecnologías tienen un "reverso" negativos, que se expresa en diversos aspectos:

- ritmos intensos y rápidos de trabajo durante horarios prolongados;
- variabilidad e imprevisibilidad de la actividad cotidiana a realizar;
- incremento de las responsabilidades del trabajador para resolver problemas de modo continuo;
- tensiones en el trabajo con generación de stress y proyecciones en la salud psicofísica del trabajador;
- destrucción o confinamiento del sindicato;
- clima de presiones para obtener la ilimitada disponibilidad de los asalariados en la empresa.

De todos modos parece evidente que el gran desafío de las nuevas tecnologías y de la automatización es la formación y la construcción de empleabilidad de las personas,

de 2016

más allá de la evaluación que podamos hacer de las mismas. Los cambios – buenos o malos, o mejor dicho, "buenos y malos" – han venido para quedarse, y la peor estrategia educacional, laboral o aún sindical, es desconocerlos.

Isabella e*t al.* destacan la potencialidad de la actuales tecnologías: "su enorme capacidad de multiplicar el esfuerzo humano, haciendo necesario, por lo tanto, menos cantidad de trabajo para producir una cantidad dada de cualquier bien o servicio" La actuales tecnologías – se expresa en el pr – plantean la cuestión de la cantidad de empleos que serán necesarios en el futuro y su posible impacto en una masiva destrucción de los mismos, que dispare los niveles de desempleo estructural, alertando que hoy la máquina no solo puede realizar trabajos basados en esfuerzo físico y tareas repetitivas, sino que, progresivamente podrán realizar tareas antes solo reservadas al ser humano: "aprender, crear, resolver problemas imprevistos"[(8)].

La humanidad está transitando de la automatización a la creación de inteligencia artificial. Si por un lado "automatización" alude a la repetición de acciones por sí solas, sin la intervención de un individuo (ya desarrollada con la electromecánica y luego la electrónica), la introducción de las TIC promueve una nueva etapa de la automatización, que alcanza no solo a los movimientos, sino también a los conocimientos. Hablamos hoy de Inteligencia Artificial, como disciplina que estudia el tratamiento del conocimiento y el razonamiento, permitiendo que una máquina realice funciones normalmente asociadas a la inteligencia humana: comprensión, razonamiento, diálogo, adaptación, aprendizaje automático[(9)]. Hoy la computadora aprende ajedrez y derrota al campeón mundial de la especialidad.

II. AUTOMATIZACIÓN Y COMPETENCIAS HABILITANTES

5. Tareas manuales vs. tareas cognitivas

Los fenómenos de la automatización, robotización e inteligencia artificial tienen efectos inmediatos sobre las tareas (*skills*) realizadas por el hombre. En una aproximación al tema, podemos diferencias los efectos que se producen sobre las actividades manuales y las cognitivas. En esta línea seguimos la clasificación de Autor y Acemoglu (2011) (en la que se apoya el ya citado documento "Automatización y Empleo en Uruguay [(10)]), quienes diferencian las diversas tareas según los indicadores de la manualidad o conocimientos de las mismas y su rutina.

(8) ISABELLA Fernando, PITTALUGA Lucía y MULLIN Gastón, "Automatización y empleo en Uruguay – una mirada en perspectiva y en prospectiva" – Prólogo GARCIA Alvaro, Oficina de Planeamiento y Presupuesto, Montevideo 2017, p. 7.

(9) ISABELLA Fernando *et al.*, ob. cit., p. 11.

(10) ACEMOGLU Daron y AUTOR David H., "Skills, tasks and technologies,: implications for employment and earnings, Habdbook of labor economics, 4, 1043-1171. citados por ISABELLA Fernando, ob. cit., pp. 17 y 18.

De tal forma, podemos diferenciar las posibles tareas humanas en los siguientes prototipos:

a) **Tareas manuales rutinarias**: entendemos por tales aquellas tareas que siguen un procedimiento definido, repetitivo, conocido de antemano. Son las tareas típicas del obrero del modelo de la "one best way" de Taylor: apretar un tornillo, empaquetar pastillas, realizar tareas de embalaje, carga y transporte de bienes, etc.

b) **Tareas manuales no rutinarias**: en este tipo de tareas manuales no existe la "previsibilidad" del trabajo manual rutinario: el trabajador interviene y reacciona en el proceso productivo a través de decisiones, que derivan de su intervención y control del proceso (comida rápida, hostelería, la actividad de cuidados, etc.)..

c) **Tareas cognitivas rutinarias**: son tareas que requieren un proceso mental, pero que están ordenadas en un procedimiento previo definido: por ejemplo, el controlador de stocks, informes contables, pintura de coches, ingresos de datos a una base informática, comprensión lectora, etc.;

d) **Tareas cognitivas no rutinarias analíticas**: el trabajador analiza y resuelve problemas sin que existan anteriores procesos definidos. Analiza fenómenos aleatorios y no predecibles. Su posición es asimilable al "analista simbólico", descrito por Reich, para quien lo que caracteriza al sujeto no son solo sus conocimientos como una suma de datos, sino la capacidad de utilizar eficaz y creativamente ese conocimiento(11): Ejemplo de ellos son el arquitecto y analistas de datos, los investigadores científicos, analistas financieros, investigadores universitarios, etc..

e) **Tareas cognitivas no rutinarias interpersonales**: las tareas refieren al análisis y resolución de problemas, pero en todos los casos el trabajador interactúa con otros sujetos: ejemplo, gerenciamiento, entrenamiento, relaciones profesionales interpersonales (médico, abogado), docencia, asesor financiero, etc.

Siguiendo a los autores citados, debemos también recordar que estas categorías no son rígidas y pueden combinarse en diverso grado, no existiendo ejemplos "puros" de las distintas variables.

La conclusión primaria es que las tareas manuales rutinarias pueden ser automatizadas con mayor facilidad de las tareas manuales no rutinarias y de las tareas cognitivas. Ello determina que las tecnologías lleven a una polarización del mercado laboral en término de calificaciones e ingresos: por un lado las tecnologías destruirán prevalentemente tareas manuales rutinarias, pero seguirá siendo importante el peso "humano" de los trabajadores en las tareas manuales no rutinarias y en la tareas cognitivas(12).Debe consignarse además que la automatización –y la acumulación de datos (como subproducto de la misma)– va ingresando también en actividades no rutinarias, en las que parecía insustituible la presencia "humana": el diagnóstico médico, la toma

(11) REICH, Robert B., "El trabajo de las Naciones", Edit. Vergara, Buenos Aires, 1993, pp.173 y ss
(12) ACEMOGLU Daron y AUTOR David H.,, ob. cit.

de decisiones, la logística y la distribución, la administración, la venta minorista están cada vez más condicionadas por procesos automáticos de toma de decisiones a partir de inmensas bases de datos.

Hasta hace pocos años (¿o meses?) era difícil imaginar la automatización de los servicios jurídicos. Hoy comprobamos que los despachos de los abogados tradicionales pueden ser sustituidos por las "legaltech", como proveedoras de servicios jurídicos. El sistema "Ross" –expresa Sekulits– es un sistema de inteligencia artificial creado por IBM a partir de su plataforma de inteligencia cognitiva Watson, que analiza volúmenes enormes de jurisprudencia y resuelven en tiempo record los problemas jurídicos. En un ámbito donde las tecnologías no eran comunes, el sistema está sustituyendo el 23% de las tareas cognitivas que se realizan normalmente en un estudio de abogados, según datos del Instituto Mc Kinsey(13)

Supervielle expresa que será siempre insustituible la "emoción" en determinados actividades y procesos, como por ejemplo los cuidados, la atención profesional, las relaciones de confianza entre sujetos individuales y entidades financieras(14). Aunque compartimos en términos ético la "oportunidad" que la emoción siga integrando determinadas tareas, también es cierto que también esas tareas "humanas" están cediendo espacios a la automatización. El profesional médico en su consulta con el paciente opina cada vez más a partir del análisis de datos del propio paciente y la comparación de los mismos con las bases de datos disponible: la emoción cede espacio a la información aportada por la tecnología, a partir de la clasificación de inmensas bases de datos.

Mientras redactamos este texto, se anuncia la aparición de una máquina "empática", que cuidará a los viejos con Alzheimer. La información indica: "La robot (sic!) también puede reconocer a cada una de las personas con quienes interactúe, así como las emociones de esas personas. Su rostro (una pantalla ovalada) también refleja emociones"(15).

Por lo tanto el avance de la automatización y de la robotización alcanzará no solo las tareas rutinarias, sino también –posiblemente en menor medida– las no rutinarias (manuales y cognitivas).

Existe una tendencia pesimista que considera que las tecnologías destruirán empleos, sin comprender que mientras muchas tareas serán sustituidas por robots en la Industria 4.0, la sociedad del futuro requerirá más tareas de todo tipo y en especial cognoscitivas. En la película "Talentos ocultos" (*Hidden Figures)* nominada al Oscar 2017, se muestra a la Computadora IBM de la NASA, que en 1962 realizó los cálculos del vuelo de John Glenn al espacio. En la escena se muestra el miedo de muchos trabajadores

(13) SEKULITS Clarisa, "Las *legaltech* revolucionan el negocio de los abogados"; en *Expansión* – Diario Econóico e Información de Mercados, Madrid, 10.10.2017.

(14) SUPERVIELLE Marcos, exposición sobre "Las nociones de cultura de trabajo en Uruguay" en el Instituto Uruguayo de Derecho del Trabajo, Montevideo 20 de octubre de 2017.

(15) Ver https://www.listindiario.com/las-mundiales/2017/10/26/488032/crean-en-ee-uu-una-robot-empatica-para-cuidar-a-pacientes-con-alzheimer

que identificaban la computadora de IBM como destructora de puestos de trabajo. Hoy, examinado el episodio en perspectiva, no podemos "ni queremos" volver atrás. Es posible que la computadora de 1962 –y las que le siguieron– destruyeran empleos, pero también es cierto que se crearon millones de nuevos empleos en los servicios, la informática, el entretenimiento, las comunicaciones (incluyendo la televisión y los celulares), el deporte, el fitness, etc.

Aparece así el nuevo concepto de "empleo complementario", para referirnos al hecho que las tecnologías abren áreas de trabajo, donde es posible generar nuevos empleo "a partir de" o funcionales a las actividades automatizadas. El verdadero desafío del futuro es por lo tanto pronosticar en la forma más rápida posibles cuales serán las tendencias en materia de empleos y cuáles serán las tareas requeridas, adecuando las políticas de Estado para que se eduque en función del trabajo del futuro. Lamentablemente en muchos sistemas educativos latinoamericanos, la enseñanza sigue anclada a conceptos, trabajos y realidades del pasado, que inevitablemente no contribuyen a construir la empleabilidad futura de los individuos. Hablábamos tradicionalmente de la "reconversión de las empresas". Hoy es el momento de tomar conciencia de la necesidad de la reconversión de las tareas y las competencias laborales, para poder construir las capacidades laborales del futuro, permitiendo a trabajadores que egresan de determinas actividades reinsertarse en nuevos procesos productivos que reclaman presencia "humana".

La empleabilidad del futuro estará inexorablemente ligada a la educación y –en especial el acceso a empleos de calidad– estará reservada a los egresados de las Universidades, mientras serán más escasas las oportunidades de empleos de calidad para los estudiantes que solo cumplieron el ciclo educativo primario y secundario[16].

Es evidente que ello implica que los Gobiernos deben promover políticas públicas que faciliten el acceso de los jóvenes a la enseñanza universitaria. Pero ello no es suficiente: es necesario pronosticar e individualizar a mediano plazo cuáles serán las habilidades y competencias necesarias para conservar o mejorar la empleabilidad del futuro, ajustando la educación a esos requerimientos. Ello constituye un especial desafío en el continente latinoamericano, donde las planes de enseñanza terciarios se diseñan para formar en profesiones, tareas y competencias tradicionales, con alto componente académico y poco aterrizaje en la práctica y el trabajo de campo. Como ha expresado el sociólogo Filgueira, "tenemos alumnos del siglo XXI, profesores del siglo XX y programas del siglo XIX"[17]

Es también evidente que los jóvenes tendrán mayor facilidad que los ancianos para abandonar tareas manuales repetitivas y sustituirlas por tareas más cognitivas, creativas o interactiva. Como expresa Bodewig "no todas las personas que pierdan empleos rutinarios podrán encontrar inmediatamente nuevos empleos que no sean rutinarios y que sean interactivos, creativos y cognitivos, y tal vez nunca lo hagan. La edad es importante:

(16) ISABELLA, Fernando *et al.*, ob. cit.
(17) FILGUEIRA Fernando, entrevista del diario El Observador, Montevideo, 15 de noviembre de 2017.

en el mercado laboral del siglo XXI que cambia rápidamente, los trabajadores necesitan sólidas habilidades cognitivas y sociales para realizar trabajos cada vez más creativos y convertirse en aprendices exitosos de por vida. Sin embargo, los trabajadores de mediana edad y mayores en las economías emergentes y avanzadas suelen estar mal preparados: según datos de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), estos tienden a ser menos hábiles para resolver problemas y a tener menos experiencia en el uso de la computadora, que los trabajadores jóvenes. Los jóvenes muestran una mayor capacidad de resolver problemas que los adultos mayores, según promedios informados para los años 2012 y 2015 por la OCDE"[18].

6. Sectores de actividad y tareas con riesgo de automatización

El documento uruguayo ya citado[19] muestra en dos tablas los "riesgos" de empleo con relación a los diversos sectores de actividad y a las categorías ocupaciones. Los autores, aplicando el enfoque de *riesgo de automatización* desarrollado por Frey y Orborne, procuran estimar –a partir de investigaciones realizadas en un taller de expertos nacionales en aprendizaje automático (*machine learning*) sobre un conjunto de 70 ocupaciones– el riesgo de automatización de las mismas, de acuerdo a las capacidades tecnológicas existentes y previsiblemente a crearse en un plazo de dos décadas[20].

Por lo tanto a partir de datos relativos al período 2013.2015 se proyecta el riesgo de automatización a veinte años, sobre la base de esta pregunta central: "¿Pueden las tareas de esta ocupación ser lo suficientemente especificadas para que, sujeto a la disponibilidad de información, sea desempeñada por equipamiento de punta controlado por computadoras?"[21].

Los datos refieren a la realidad uruguaya, pero entiendo que son trasladables a los principales países del continente, por la homogenización del desarrollo tecnológico en los distintos países, por estrategias productivas similares promovidas por empresas transnacionales y por la similitud de contextos culturales, tecnológicos y sociológicos.

(18) BODEWIG, CHRISTIAN, "Reemplazar un trabajo por otro trabajo: ¿la automatización eliminará las nuevas oportunidades para los trabajadores?" en *VOCES,* 3 9 2017*,* Worldbank.org, quien cita a *OCDE (2016), Skills Matter: Further Results from the Survey of Adult Skills*, (https://blogs.worldbank.org/voices/es/la-automatizacion-eliminar-las-nuevas-oportunidades-para-los-trabajadores).

(19) ISABELLA Fernando *et. al.,* ob. cit. ,p 27

(20) Los autores se remiten al trabajo de FREY, Carl B. y OSBORNE, M. A, "The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?, Oxford, 17,9.2013 (http://www.google.com.pa/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiDitTMvZHXAhWLjZAKHWTiD4YQFgglMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.oxfordmartin.ox.ac.uk%2Fdownloads%2Facademic%2FThe_Future_of_Employment.pdf&usg=AOvVaw30jM_BXmw_es6ehYpMJz3g) y a MUNYO Ignacio, "Y por casa cómo andamos", en Revista Escuela de Negociacios, Universidad de Montevideo (IEEM), junio 2016

(21) ISABELLA Fernando *et al.*, ob. cit., p. 25.

CUADRO 1: Riesgo de automatización por sector de actividad (2013-2015)

Sector	Riesgo	Sector	Riesgo
Agricultura/Pesca/Forestal	85%	Act. Financiera e Inmobiliarias	78%
Alimentos, bebidas y tabaco	78%	Transportes y almacenamiento	77%
Productos minerales y de metal	76%	Fabricación material de transporte	75%
Act. administrativa y de apoyo	75%	Comercio	74%
Textiles y Cueros	72%	Construcción	72%
Maquinaria/equipos eléctricos	71%	Minas y Canteras	70%
Electricidad, Gas y Agua	69%	Producción de Madera y Papel	68%
Químicos, caucho y plástico	67%	Refinación de petróleo	66%
Hogar en calidad de empleador	59%	Administración pública	57%
Información y Comunicación	53%	Act.profesionales/científicas/ técnicas	48%
Enseñanza y salud	33%		

Fuente: Isabella *et al.*, ob. cit., en base a Frey y Osborne (2013) y ECH (INE)

CUADRO 2: Riesgo de automatización por categoría ocupacional (2013-2015)

Categoría ocupacional	Riesgo de automatización	Porcentaje del empleo
Personal de apoyo administrativo	94%	12%
Agricultores y trabajadores calificados agropecuarios, forestales y pesqueros	88%	5%
Operadores de instalaciones y máquinas	83%	7%
Ocupaciones elementales	75%	19%
Oficiales y operarios mecánicos y de otros oficios	72%	14%
Trabajadores de los servicios y vendedores de comercios	64%	22%
Técnicos y profesionales de nivel medio	44%	7%
Profesionales científicos e intelectuales	12%	11%

Fuente: Isabella *et al.*, ob. cit., en base a Frey y Osborne (2013) y ECH (INE)

De los datos relevados, el riesgo de automatización en Uruguay es alto: un riesgo del 65% frente al riesgo de 57% de los países de la OCDE, de acuerdo a un análisis del

Banco Mundial[22]. Las actividades que presentan mayor probabilidad de automatización se vinculan al sector rural, la forestación, los alimentos, la actividad metalúrgica y de minería, mientras existe menos riesgo de automatización en actividades donde es importante el componente "humano": el servicio doméstico , la información y la comunicación, la enseñanza y la salud.

Con relación al riesgo vinculado a las categorías profesionales, importa destacar que la futura automatización afectará empleos en amplias franjas de la población, ocupada en tareas administrativas (hoy el 12% del empleo), las ocupaciones elementales (19%), los obreros industriales (14%), y los trabajadores del comercio (22%).

Aunque estos datos solo refieren a Uruguay, nos parece razonable trasladarlos al continente latinoamericano,

7. Los trabajos del futuro

La automatización y la robotización modificarán profundamente la composición del mercado laboral. Como señala Degryse, los cambios impactan en diversas áreas del trabajo, como son a) la creación de trabajo vinculado a nuevos sectores, productos y servicios; b) nuevos cambios derivados de la digitalización, la conexión entre la inteligencia humana y la máquina y nuevas formas de organización del trabajo; c) la destrucción de empleos tradicionales por efectos de la automatización y la robotización; d) nuevas formas de trabajo a partir de las plataformas digitales, el *crowd sourcing*, la *'sharing' economy*. Ello a su vez traerá afectará a nivel macroeconómico las modalidad de las retribuciones, la seguridad social, etc.[23]

Agrega el autor que los avances de la Industria 4.0 se traducirán en la integración digital de todos los procesos productivos. En Europa (Alemania, Italia, Francia, los países Nórdicos, etc.) las fábricas disponen de nuevas líneas de producción caracterizadas por la integración de la robotización, la información y un número decreciente de trabajadores. La nueva economía significará más productividad y eficiencia, traduciéndose en mayores ganancias para los empresarios. Esta ola de progreso también beneficiará a los desarrolladores de software, a los ingenieros, los investigadores científicos y tareas vinculados con la necesaria formación para actuar en las nuevas cadenas productivas[24].

La inevitable pérdida de empleos en la industria podrá compensarse con la creación de nuevos trabajos en el sector de los servicios. Entre las actividades que previsiblemente se desarrollarán, podemos mencionar el transporte, los servicios de venta y *delivery*, el

(22) Banco Mundial, World Developmente Reporte 2016: Digital Dividends, Washingoton, DC, citado por ISABELLA Fernando et al., p. 26.
(23) DEGRYSE, Christophe (ETUI), "Digitalisation of the economy and its impact on labour markets", Bruxelles, 2016 (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2730550##).
(24) DEGRYSE, Christophe, ob. cit., p. 19 y 20.

turismo, la hotelería y la restauración, las reparaciones del hogar, los agentes inmobiliarios, las finanzas, la traducción, la atención a la salud, el cuidado de niños y ancianos, etc.[25]

La sociedad de futuro (y al hablar del futuro me refiero a tiempos breves, nunca superiores a dos décadas) presentará inevitable confrontaciones y contradicciones. Será una sociedad más rica, porque el trabajo de las máquinas y del hombre producirá más riqueza en bienes y servicios que en el pasado. Sin embargo esa probable sociedad de la opulencia, no distribuirá de forma equitativa esa riqueza: imaginamos una división entre sectores cada vez más ricos de la población (hoy hay sectores de la producción que se concentran exclusivamente en el llamado consumo de "alta gama). Paralelamente a ese sector rico de la sociedad, se expandirá la "gig economy" y el "poor working", es decir trabajos menores y mal retribuidos que se concentrarán básicamente en el sector de los servicios: cuidados a enfermos, anciano y niños; guardias de seguridad; prestaciones en los hogares (servicios domésticos y reparaciones) e informalidad en servicios para los sectores pobres de la sociedad (restauración, alimentación, etc). Como expresa Dutra, "vivimos la paradoja de no poder desatar el núcleo duro de la desigualdad, a pesar que nunca antes hemos producido tanta riqueza como para garantizar un nivel de vida digna a todos los trabajadores".[26]

Las relaciones laborales combinarán nuevas y viejas formas de organización del trabajo. En la era de la automatización, no desaparecerá en América Latina modalidades tradicionales del trabajo como los trabajadores por cuenta propia, las pequeñas cooperativas, la subcontratación oculta o informal, el trabajo "pobre" en las cadenas mundiales de suministro, etc.

Al mismo tiempo la crisis del mercado de trabajo expandirá las organizaciones criminales y la economía que ella producen (droga, tráfico de armas, trata de personas, relojes y productos manufacturados falsos, etc.). La delincuencia se expandirá cada vez más como una estructura organizada en las sociedades nacionales del continente que ofrecerán oportunidades de trabajo a los jóvenes marginados por el sistema.

8. El reto de la industria 4.0: como construir empleo

El desafío ligado a la época actual es como gobernar las transformaciones productivas y sociales, productos de las nuevas tecnologías. La nueva realidad impone condiciones que tienen como consecuencia la destrucción de las formas tradicionales de empleo del industrialismo clásico, en torno a la cuales se habían construido redes de tutelas y amortiguadores sociales.

Taylor cuando asentó la teoría que permitiría el desarrollo del industrialismo clásico, no imaginó la fuerte componente sindical que acompañaría su modelo. En efecto el sindicato tradicional y el derecho laboral "típico" nacen como reacción a los excesos

(25) DEGRYSE, Christophe, ob. cit., p. 26.
(26) DUTRA Guillermo, "Surfear la ola tecnológica". en El País - Economía & Mercado, Montevideo 18 de diciembre de 2017, p. 4.

del modelo industrial. Taylorismo/fordismo y sindicalismo fueron como hermanos que se odian: la presencia de uno fue condición del otro. El primero con sus teorías sobre la producción igualó a los trabajadores y los concentró en la fábrica, el segundo supo transformar esa igualdad y localización laboral en solidaridad. En esta lucha no hubo ni vencidos ni vencedores, pero debe destacarse la conclusión de que el taylorismo marcó la forma del sindicalismo. La comunidad de intereses (en contraposición al individualismo contemporáneo) determinó que el sindicato frente al poder del empresario y la hostilidad del Estado, se unió en categorías y territorios, para dar un efecto multiplicador a sus fuerzas. La fábrica, las categorías, los tiempos de trabajo predeterminados, los salarios fijos, todo ayudó a formar esa conciencia común fortalecida por el efecto nivelador e igualitario del taylorismo. Como expresa Romagnoli, el industrialismo clásico, además de un modelo de producción económica, significó "*una forma de pensar*".(27)

Hoy las nuevas tecnologías rompen ese patrón igualitario, y la Industria 4.0 genera un nuevo modelo de trabajo, que aún no genera reactivos y normas a los modos de producción y utilización del trabajo. Las organizaciones sindicales desconfían justamente de las nuevas tecnologías, pero en vez de estudiarlas y proponer reglas y límites, prefieren anclarse en una visión industrialista, con las tutelas tradicionales, pero que cada vez más reúne a menos trabajadores. De esta forma –expresa Bronstein– "tenemos un Derecho del trabajo cada vez con más normas, y menos clientes"(28).

El problema actual es que –mientras reaccionamos con lentitud ante el trabajo automatizado–, las nuevas formas de trabajo destruyen los empleos tradicionales en vastas áreas de la producción de bienes y servicios. El fenómeno preocupa especialmente por las consecuencias sobre aquellos trabajadores, que no reacondicionan su formación y sus habilidades antes las nuevas expresiones tecnológicas: el trabajador que pierde su empleo tradicional generalmente tendrá grandes dificultades para conseguir un nuevo empleo de tipo tradicional. Sin modificaciones de las capacidades y conocimientos laborales, el futuro mostrará la expulsión de enormes masas de trabajadores, o su desplazamiento hacia formas más pobres de trabajo.

Si bien la automatización está destruyendo empleo, no es menos cierto que, como hemos ya expresado, la demanda de trabajo seguirá siendo sostenida, aunque referida a actividades distintas (*empleo complementario*). Probablemente aplicaciones como Airbnb destruirán empleo en la industria hotelera, pero atraerán un mayor flujo de turistas –favorecido por condiciones habitacionales más económicas– y generando la venta de productos y servicios a un mayor número de viajeros.

El principal desafío para los Estados nacionales –y también para los actores sociales, y en especial el actor sindical– es como educar para los empleos del futuro y como

(27) ROMAGNOLI Umberto, mensaje inaugural en el XXVI Encuentro de ex Becarios de Bologna-Castilla La Mancha, Valparaiso (Chile), 10 de noviembre de 2017.

(28) BRONSTEIN Arturo, intervención (ined.) en el X Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Panamá 26 - 29 de setiembre de 2016.

ajustar los planes formativos a las necesidades del nuevo modelo industrial, según veremos en el próximo capítulo.

III. LOS DESAFIOS DEL TRABAJO DEL FUTURO:

9. El cambio de paradigma

El nuevo modelo económico, apuntalado en las nuevas tecnologías y los modos de producción que promueve, no sólo cuestiona el sistema tradicional de relaciones laborales, sino que plantea un nuevo paradigma que se aparta del industrialismo tradicional.

Tres son los nudos centrales que expresan una realidad en transformación: a) la idea de estabilidad/movilidad; b) la variabilidad del tiempo de trabajo; c) la pérdida de una necesaria referencia geográfica; y d) la superación del concepto de categoría laboral, sustituido por el de "competencias".

a) Estabilidad/movilidad

En el industrialismo clásico la inestabilidad en el mundo del trabajo era sinónimo de inseguridad: el "trabajo seguro" era garantía de una "vida segura". El paradigma del "empleo de por vida" era la mayor aspiración del trabajador.

Hoy a muchos trabajadores jóvenes la estabilidad importa poco. Prefieren la autonomía a la subordinación, la libertad de movimiento al trabajo de por vida. Uno de los problemas de la gestión de una empresa es en muchos casos como retener a trabajadores jóvenes, que buscan permanentemente experimentar realidades ocupacionales nuevas, con la obsesión por conseguir mayores salarios y realizar la ilusión de crecer económicamente.

Según Cappelli, se modificó la percepción respecto al modelo de empleo, del trabajo para toda la vida; se ha transformado el campo laboral y con él las relaciones laborales de los sujetos. Resultando así una serie de renegociaciones permanentes, en dónde el mercado de trabajo ha modificado las reglas, surgiendo nuevas lógicas organizacionales en las que la lealtad, reciprocidad y compromiso se erigen como elementos clave. El "nuevo pacto en las relaciones laborales" implicó que el sujeto comience a hacerse carg*o de su propia carrera y supervivencia en el mercado de trabajo, así como el desarrollo de sus competencias laborales para conservar y fomentar su* "empleabilidad"[29].

En Uruguay la primera edición de la Encuesta Nacional de Expectativas Laborales de la consultora Advice indica que en el Interior del país, el 75% de los jóvenes de entre 18 y 25 años desea cambiar de empleo y esa intención disminuye en las franjas

(29) CAPPELLI Peter (2001), "El nuevo pacto en el trabajo", Barcelona, 2001

etarias superiores. En la capital, entre los jóvenes de esa edad, solo un 57,6% busca cambiar de trabajo, mientras que entre los 25 y 34 años el porcentaje es de 72%[30].

b) Horario fijo de trabajo/horarios flexible

El modelo taylorista-fordista, desarrolló la idea que la mejor forma de producción debía organizarse científicamente alrededor del trabajo subordinado desarrollado en tiempos fijos a cambio de un salario predeterminado. El trabajo estable a tiempo completo definió ese modelo, a partir del cual el conflicto social y la legislación fueron definiendo diversos tiempos: los tiempos de trabajo y los tiempos de descanso, los tiempos de duración del contrato y los tiempos para la generación de los derechos de la seguridad social.

Hoy los modos de producción flexibilizan los esquemas rígidos del tiempo de trabajo, ya sea a través de una disponibilidad mayor del trabajador conectado a su empleador por medio de las herramientas que ofrecen las nuevas tecnologías (celular, laptop, etc.), ya sea por la idea que es el trabajador quien administra su tiempo de trabajo, ajustándolo a las tareas, productos o servicios que se ha obligado a realizar. La lógica de los "tiempos fijos de la fábrica", es sustituida por modalidades que importan la realización de una tarea o producto como objetivo", sin importar el "cuando" de la realización de la misma.

c) La pérdida de una necesaria referencia geográfica

Nuevas modalidades laborales, generalmente apoyadas en las tecnologías de la comunicación hacer perder las referencias geográficas de la fábrica o la oficina. En muchos casos el trabajador no solo el "cuando", sino también el "dónde": el teletrabajo hoy incluye no solo formas de trabajo típicamente a domicilio, sino también la posibilidad del trabajador de realizar parte de su trabajo en la oficina y parte en la casa.

En tal sentido, importa destacar que entre las modificaciones del contrato de trabajo propuestas por Macrón, se introduce la posibilidad que el trabajador acuerde con su empleador modalidades de trabajo, para que pueda desarrollar parte de la labor en su casa (o donde lo desee) y parte en la oficina o fábrica.

d) La categoría y las competencias

La categoría predefinida es expresión del modelo taylorista, que promovía la igualdad de la forma de ejecución de tareas similares retribuidas en forma idéntica: "a igual tarea, igual salario".

La rigidez del concepto de categorías ha sido sustituido por una nueva realidad, que exige al trabajador una mayor ductilidad a la hora de ejecutar sus tareas, según condiciones personales que son valoradas como condición y expresión de su empleabilidad: la creatividad, la capacidad de trabajar en grupos, los conocimientos que permiten responder eficazmente a los requerimientos de la máquina, la capacidad

(30) El Empresario (Diario el País), Montevideo 26/09/2014., p. 8.

para solucionar problemas en su trabajo, etc.. Un trabajador no es simplemente lo que sabe hacer, sino también "como saber hacerlo", con cuales aptitudes y conocimientos expresa su capacidad laboral.

El nuevo paradigma afecta especialmente a los trabajadores adultos (aquellos que han superado la barrera de lo 45/50 años), que tienen dificultad para adaptarse a las nuevas modalidades productivas y a la diferente concepción del trabajo. No es fácil para el trabajador adulto despedido encontrar un nuevo trabajo aún en los sectores tradicionales donde ha desempeñado sus tareas, porque ahí se extiende el desempleo y aumenta la competencia con otros trabajadores en situación similar. Por otra parte este perfil de trabajador –expresa Mercader Uguina– tiene dificultades para adaptarse a las nuevas tecnologías, al mismo tiempo que hay desinterés por parte de las empresas de invertir en la formación de individuos más cerca del retiro profesional(31). El autor. agrega que aparece la figura del "permanente inempleable", refiriéndose con esta expresión a aquellas personas adultas y formadas, pero con ninguna posibilidad de encontrar un empleo(32).

10. La doble cara del empleo juvenil en América Latina: alta formación vs. desempleo

Para acceder a los empleos del futuro, no solo preocupa la confrontación entre jóvenes y adultos, sino también las distancias sociales y educativas muy marcadas en América Latina, que se proyectan en las posibilidades de los jóvenes para acceder a un empleo de calidad.

Mientras se construyen y desarrollan colegios y universidades privadas para los sector de mayor poder adquisitivo (de modo similar al modelo educativo norteamericano), la enseñanza pública en las últimas dos décadas ha retrocedido en sus niveles de calidad. Ello determina una doble espiral: la "virtuosa" que se basa en el vínculo "riqueza-formación-empleo" en contraposición a la "viciosa" que reproduce el tránsito "pobreza-descalificación-desempleo". Más allá de las necesarias adecuaciones legislativas para tutela el trabajo de la revolución tecnológica, es necesario extender el conocimiento a más amplios sectores de la sociedad, con la finalidad que esos conocimientos no sean solo patrimonio de quienes han tenido las posibilidad de alcanzar los beneficios de la enseñanza en sus diversas etapas.

La pobreza, la informalidad, la escasa productividad de la mano de obra, determinan la descalificación de amplios contingentes de mano de obra, que constituirán uno de los principales problemas para la inserción laboral del futuro, y con ello, la perpetuación de marcadas diferencias entre distintos estratos sociales. Este fenómeno a su vez alimenta

(31) MERCADER UGUINA Jesús H., "EL futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica", Valencia (España), 2017, p. 37

(32) *idem*

la criminalidad organizada, que es vista por muchos jóvenes en situación de pobreza y desempleo como una oportunidad de trabajo.

En un contexto formativo difícil y ante un mercado que exige "competencias laborales" cada vez más elevadas, para muchos jóvenes la transición desde la formación escolar y media al mercado de trabajo es desigual. Un estudio los investigadores Filardo y Filgueira refiere a las "transiciones" como los trayectos que recorren las personas con relación a los principales hitos vitales y que permiten a los sujetos ingresar en su vida adulta y posicionarse en determinada estructura social. Son momentos de transición la salida del sistema educativo, el ingreso al mercado laboral, la salida del hogar de origen, la constitución de una familia, el tener hijos(33). En la actualidad estos distintos eventos, determinantes de la posibilidad de la integración social plena como ciudadano adulto, se dan en trayectorias bastante diversas, a diferencia de otras generaciones anteriores, que eran más normadas, y que recorrían caminos similares, especialmente en el caso de los jóvenes. Hoy las transiciones muestran diferencias sustantivas, que tienen a su vez distintos grados de vulnerabilidad para el futuro. Se trata de estudiar cómo los jóvenes recorren esas transiciones y entender que las mismas no se dan en el vacío, que hay un conjunto de instituciones, de políticas públicas, de mecanismos de protección social que facilitan o son indiferentes a esos recorridos, a las condiciones en que los individuos tienen que transitar por estos eventos(34).

Cuando afirmamos que el trabajo del futuro requiere una educación a nivel terciario, reconocemos como dramática la situación de amplias franjas de población en América Latina, que no logran completar los estudios secundarios.

Evidentemente en un contexto de "competencias habilitantes de Industria 4.0", las políticas de Estado en materia de educación diferenciarán el nivel económico y social de los países latinoamericano. Las recientes propuestas relativas al pasaje del nivel "escuela trabajo" a la "integración formativa", como propuesto en el último "e-book" de ADAPT(35), parece una meta aún quimérica, cuanto menos en la enseñanza pública del continente.

11. Las Reformas Laborales: ¿desregulación o re-regulación?

En línea con lo que ha acontecido en Europa a partir del año 2012 con la reforma española del gobierno Rajoy, un tema que concentra el debate sobre la regulación del trabajo del futuro es el de las Reformas Laborales.

(33) FILARDO, Verónica y FILGUEIRA, Fernando, *Transiciones a la adultez y educación*, Fondo de Población de Naciones Unidad (UNFPA), Montevideo, 2011. Ver entrevista a los autores en http://www.el.espectador.com/1v4_contenido.php?id=213392&sts=1

(34) *idem*

(35) Ver e-book ADAPT, Serie 66/2017, Noviembre 2017, titulado "Dall'alternanza scuola lavoro all'integrazione formativa", en el que distintos autores reflexionan sobre la "integración formativa" entendida como método que procure la formación integral de la persona".

En México se aprueba el 30 de noviembre de 2012 una reforma laboral que tiene por objeto la flexibilización del contrato de trabajo, introduce reglas sobre la externalización o subcontratación y debilita el alcance de la negociación colectiva.

Siempre en México, se aprueba el 24 de febrero de 2017 la reforma de disposiciones relativas a los artículos 107 y 123 de la Constitución. La misma sustituye los tradicionales Tribunales de Conciliación y Arbitrare por nuevas competencias del poder judicial, mientras interviene en el derecho colectivo del trabajo, estableciendo sistemas de controles gubernamental más rígidos sobre registro sindical, votación y registro de los convenios colectivos. Finalmente introduce criterios restrictivos para califica la legitimidad de una huelga.

En Chile, luego de dos años de intensos debates, se aprueba el 1° de abril de 2017 una reforma muy polémica, pero pocos cambios sustanciales aparecen en el sistema de relaciones laborales de ese país. Entre otras cuestiones, se confirma la ilegitimidad de la negociación colectiva a nivel de actividad, manteniendo la regla que solo es posible negociar a nivel de empresa. Aunque se sancionan un mayor número de prácticas antisindicales, no modifica sustancialmente las reglas restrictivas en materia de libertad sindical y reconoce el derecho al trabajo de los no huelguistas.

La Reforma más radical de los últimos tiempos en América Latina ha sido aprobada en Brasil, bajo el gobierno del Presidente Michel Temer. Con gran mayoría de los votos de la Cámara de Diputados (26.4.2017: 296 a 177) y del Senado (11.7.2017: 50 votos a 26), la nueva normativa ha entrado en vigor el 12.11.17, modificando aproximadamente 100 normas de la "Consolidação das Leis do Trabalho", aprobada por Decreto-Ley N° 5.452 del 1° de mayo de 1943 y sancionada por el presidente Getulio Vargas durante el llamado Estado Novo (1937-1945). La Reforma de Brasil, que tiene un objetivo intencionadamente flexibilizador y antisindical, fue aprobada en un rápido proceso parlamentario, detrás del cual podemos individualizar tres causas:

- El ascenso del desempleo y la precariedad laboral, que superan los porcentajes de trabajo formal;
- Una hostilidad hacia el sindicato considerado muy corporativo;
- La confrontación interna de la justicia laboral, que interpreta de forma diferente (más o menos beneficiosa para el trabajador) la normativa aplicable.

Los principales cambios de la Reforma de Brasil – la más impactante y desreguladora en América Latina en el siglo actual – así se resumen:

a) A nivel individual:

- Posibilidad de acordar un régimen de trabajo autónomo;
- Reglas sobre el tiempo de trabajo: trabajo *in itinere*, trabajo intermitente, tiempos en la empresa de no trabajo;
- Facilidades en materia de despido;

- Descansos intermedios negociados;
- Posibilidad de trabajar hasta 12 horas no extra compensándolas con horas de descanso
- Posibilidad que mujeres embarazadas trabajen en empresas insalubres.
- Límites a la indemnización por daños moral
- Preminencia del contrato individual y posibilidad de solucionar los conflicto por arbitraje privado en el caso de trabajadores con una retribución superior a 11.000 *Reais* (aprox. U$S 3.500)

b). A nivel colectivo:

- Eliminación de la cuota sindical obligatoria de un jornal por año por cada trabajador subordinado (beneficio reconocido en la época de Vargas y conservado hasta el presente);
- El convenio de empresa por encima del convenio de actividad;
- En determinados casos el contrato individual se aplicará por encima del convenio de empresa
- Podrán constituirse "Comisione de Fábricas" en todas empresas con mas de 200 trabajadores. La elección de los representantes de las Comisiones se hará por votación secreta, a la que podrán participar también los trabajadores no sindicalizados, sin la exigencia de la afiliación sindical.

La Reforma en Brasil promueve la desregulación laboral a partir de decisiones políticas, de cuño similar a la flexibilización de la década de los años' 90. No hay un proceso técnico que justifique el ajuste de determinadas normas a las nuevas realidades de las relaciones laborales. Si bien es cierto que la Reforma introduce algunas adecuaciones necesarias en temas como el tiempo de trabajo y en aspectos que requieren la negociación de empresa, ellos son menores comparados con la extensa supresión de derechos laborales consolidados en décadas de desarrollo en Brasil.

Por otra parte, debe considerarse muy cuestionable el proceso que llevó a los cambios en Brasil: la Reforma se aprobó en pocos meses sin ninguna discusión o intervención de los actores sociales y casi con total desconocimiento de la población.

La nueva normativa de Brasil, aunque es evidente que tiene finalidades más ideológica, que técnicas, ha tenido un fuerte impacto en todo el continente, que comienza a cuestionarse sobre la necesidad de ajustar el Derecho del trabajo a los nuevos paradigmas, que hemos expuesto brevemente en esta ponencia. Diversas opiniones independientes, críticas con la reforma desreguladora de Temer, consideran que debe manejarse con prudencia y diálogo social cualquier re-regulación del derecho construido en el industrialismo clásico.

12. Conclusiones: el desafío de los ajustes

El riesgo de las actuales investigaciones sobre las relaciones laborales contemporáneas es que examinan la realidad desde una óptica extremadamente economicista. El Derecho deja cada vez más espacio a los economicistas, quienes consideran que lo mejor para el mercado es lo mejor para la sociedad.

Sobre este peligro alerta Supiot, quien recientemente expresaba: "Hablamos hoy indiferentemente de reforma del mercado de trabajo o de Derecho del trabajo, como si el mercado se identificara con el Derecho... Los economistas son considerados especialistas para debatir de derecho del trabajo. Las ciencias económicas son consideradas hoy como el fundamento legítimo de lo que debería ser"[36].

El peligro es que el laboralista asuma el rol del economicista y examine la realidad desde los criterios impuestos por las reglas económicas. No tenemos dudas que una nueva organización del trabajo, la robotización, la reducción de los costos laborales pueden volver la producción más eficiente y generar mayor riquezas. Pero la economía liberal no logra en el nuevo modelo evitar la concentración de esas riquezas.

Mayores riquezas no equivalen necesariamente a una mayor prosperidad de la sociedad. La Industria 4.0 permitirá producir más y mejor, pero ampliará las distancias económicas y sociales entre quienes dominen los conocimientos en los nuevos sistemas productivos y aquellos trabajadores que no tienen posibilidades reales de salir de su condición de exclusión y pobreza. Como en los mundos apocalípticos vaticinados en películas del estilo *Max Mad*, uno de los más graves problemas de las próximas dos décadas en América Latina, será la polarización social, fruto de las descompensaciones del mercado laboral.

La re-regulación del trabajo deberá ser acompañada por una indispensable re-regulación de las tutelas laborales y ciudadanas. Mientras existen consensos sobre la necesidad de ajustar las reglas del derecho laboral a los cambios del trabajo, poco se discute sobre como se reorganizarán las tutelas de los sectores vulnerables de la población. Se critica el modelo taylorista porque no se ajusta a los modos de producción actual, pero debe reconocerse que la legislación construida en torno a ese modelo, significó durante casi un siglo la protección de millones de trabajadores. De atenuarse esas tutelas, ¿que protecciones imaginamos para una sociedad en que se modifica el modelo del trabajo? Las generaciones futuras pedirán cuenta a las actuales: ¿que sistema social fueron Uds. capaces de construir en la época de la Industria 4.0?

Consideramos que ese es el gran desafío y el objeto del debate global: como ajustar el derecho del trabajo a la realidad del mercado, pero al mismo tiempo construir nuevas tutelas sustitutivas, para proteger a aquellos trabajadores que queden al margen de la producción de las riquezas.

(36) SUPIOT. Alain, entrevista de Mathilde Goanec, "Mediapart", 3 de mayo de 2016

Si bien son deseables las tutelas preventivas (facilidad de acceso a la educación y a la formación, promoción de colectivos productivos, políticas públicas de empleo ágiles y efectivas), seguirán siendo necesarias las tutelas económicas y sociales (salud, prestaciones de desempleo, riesgos de vejez, necesidad de cuidados de niños y ancianos, etc). Las tutelas del futuro seguramente se anclarán menos al contrato del trabajo (en progresiva disminución), por lo cual es necesario construir tutelas que se independicen de ese origen laboral.

Los sistemas futuros –para ser eficientes y cubrir las necesidades sociales de las poblaciones – deberán apartarse del módelo bismarckiano, porque serán cada vez menos los trabajadores en condiciones de contribuir con sus prestaciones a la seguridad social. Deberán "pensarse" modelos construidos a partir de una base tributaria que grave la mayor riqueza producida, como contracara a la exclusión que esa misma riqueza genera.. Se indica que las máquinas deberán cotizar a la seguridad social. Ello es, por supuesto, una expresión ingeniosa, pero que refiere a una nueva realidad que inevitablemente llevará a que las empresas que produzcan más riqueza con menos mano de obra, deberán tributar más para compensar el efectos de desempleo estructural que producen. Como expresa Dutra, "es apremiante configurar marcos legales que garanticen los derechos sociales en los trabajadores insertos en empleos atípicos (trabajo temporal, empleo parcial, etc.) y anticipar las dificultades que estas nuevas modalidades plantean para el financiamiento de la seguridad social"[37].

La otra gran cuestión refiere a la organización de los intereses del futuro, y en especial a los intereses de la clase trabajadora. Esto implica preguntarse sobre el rol futuro de los sindicatos. En una sociedad en la que desaparecerá en gran medida el trabajo subordinado, el discurso sindical ya no podrá apoyarse en conceptos como "la clase trabajadora".

Las preguntas no son pocas: ¿El sindicato del futuro seguirá organizando exclusivamente a los trabajadores asalariados o deberá abrirse también a los trabajadores autónomos y semi-independientes? ¿Deberá recurrir a las tecnologías y a las aplicaciones (*whatsapp* o lo que aparezca en el futuro) para construir comunicación y solidaridad? ¿Los sindicatos del futuro atenderán menos los aspectos ideológicos y más los asuntos prácticos que interesen a sus afiliados? ¿Nacerán nuevas organizaciones no sindicales que se ocupen de los temas laborales de los trabajadores (bufetes, centros de información, negociadores profesionales, etc.? Como hemos expresado provocativamente en un evento reciente[38], nada impide que en el futuro aparezcan *aplicaciones* sustitutivas del sindicato, para asesorar y tutelar a los trabajadores.

Las preguntas son complejas y exigen un debate que se evita. El peligro es que – de no ampliar su rol inclusivo y no reflexionar sobre estrategias de futuro – el sindicato esté destinado a un debilitamiento funcional producido por la disminución de los trabajadores

(37) DUTRA Guillermo, ob. cit., p. 4.
(38) Citado Encuentro de ex Becarios...., Valparaiso (Chile), 10 de Noviembre de 2017.

subordinados. La otra posibilidad es que los afiliados sean absorbidos por otros colectivos de intereses, unidos ya no por la condición de trabajadores asalariados, sino por la marginación, el género, la etnia, la migración, el desempleo, etc.

La posibilidad de cambiar las reglas del trabajo produce rechazo no solo en los trabajadores y sus organizaciones, sino en amplias franjas de la sociedad que temen la destrucción de un modelo de Estado social, que permitió amortiguar los desequilibrios sociales. Sin embargo, los cambios del trabajo son reales y no es imaginable una vuelta al pasado: la peor estrategia es cerrar los ojos ante el futuro del trabajo, abrazándonos al pasado, porque lo vinculamos a las ideas de seguridad y estabilidad.

No nos tenemos que escandalizar ante la necesidad de adaptar un derecho laboral, que fue construido a imagen y semejanza de la segunda revolución industrial, para poder enfrentar con nuevas herramientas jurídicas los complejos fenómenos actuales del trabajo. Nuestras legislaciones son en muchos casos comparables a una caja tradicional de herramientas (con martillo, serrucho, destornillador y tenaza) con la que se pretende arreglar computadoras de última generación. El gran laboralista latinoamericano Américo Plá Rodríguez ya expresaba hace algunas décadas: "el Derecho del trabajo es un derecho en constante formación: está siempre inacabado, incompleto, imperfecto. Es un derecho provisorio: las normas laborales nunca pueden considerarse definitivas: tienen una nota de transitoriedad, de plasticidad, de fácil envejecimiento".

Las nuevas realidades tecnológicas y su impacto en el trabajo tienen contenido neutro: no son "de derecha" ni "de izquierda"; simplemente "son". El gran desafío de los ajustes refiere –en lo que no compete– en parte al Derecho del trabajo; y en igual parte al sistema de nuevas protección que una sociedad postindustrial necesita, para no avanzar en un proceso de desequilibrios, que probablemente terminaría destruyéndola.

El desafío, nuestro desafío, es el de construir la sociedad del futuro, en la prosperidad, pero también en el equilibrio. Hoy consideramos el industrialismo clásico algo *oldfashioned*, fuera de moda. Pero debemos mirarlo con respecto, porque sobre el contrato de trabajo típico se edificó un sistema social y ciudadano, que hoy perdura en principios tan importantes como la equidad de género, la igualdad ante las tutelas, la no discriminación, la protección de la privacidad, etc.

Nunca han sido tan necesarias la investigación y la reflexión de los operadores del sistema de relaciones laborales (desde cualquier perspectiva: jurídica, económica, sociológica, etc.). El desafío de la sociedad del futuro es también –en definitiva– nuestro propio desafío intelectual y humano.

EL PROYECTO DE REFORMA LABORAL, OFENSIVA DEL GOBIERNO Y LAS CORPORACIONES CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

Jorge L. Elizondo[1]
(Argentina)

Las consecuencias de la política económica desarrollada por el gobierno de "Cambiemos" están a la vista: el aumento del desempleo y de la precarización laboral, aumento de la inflación, baja del poder adquisitivo de los salarios con la consecuente caída del consumo interno, aumento exponencial de la pobreza y de la indigencia, brutal transferencia de ingresos del trabajo al capital, crecimiento de la cantidad de conflictos sociales y colectivos, baja de la actividad industrial y comercial, en un combo que no sorprende tanto como preocupa, que se retroalimenta y que no es el fruto de meros errores de concepción y de cálculo sino el resultado de un modelo que, precisamente, busca –en su costado laboral– el disciplinamiento de la clase obrera para la aceptación forzada de peores condiciones de trabajo y, mediante las mismas, poder retornar a los niveles históricos de la tasa de ganancia empresaria .

En dos años, el salario real de los trabajadores argentinos cayó 7,3 %, con picos de 13 % en los sectores menos calificados: portuarios, panaderos y trabajadores de la industria

(1) Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Presidente de la Asociación de Abogados Laboralistas de Rosario.

plástica. El promedio de aumento salarial en 2017 fue de un 23 a 25 %, cercano al índice de inflación proyectado hasta el resto del año; pero en el año anterior se estima que los salarios perdieron un 6 % respecto a la inflación.

I. PRINCIPALES MODIFICACIONES CONTENIDAS EN EL PROYECTO:

Tercerización.- Art. 30 LCT:

Se ha dicho que la subcontratación no es un fenómeno de origen jurídico, sino que obedece a la modificación del régimen de acumulación en el sistema capitalista. Ha sido una respuesta destinada a recuperar la tasa de ganancia y la productividad que la aplicación del fordismo había reducido significativamente.

A partir de la década del 90, y en consonancia con los dictados del Consenso de Washington, se da en la Argentina un proceso de flexibilización en el trabajo que provoca la precarización de una gran parte de la fuerza de trabajo.

La tercerización se generaliza como correlato de "la introducción de innovaciones tecnológicas en cuanto a los procesos productivos, las nuevas formas de organización del trabajo y modalidades más flexibles de gestión de la mano de obra".

La empresa tercerizada periférica o secundaria, si bien es jurídicamente independiente, se encuentra económicamente subordinada, esté dentro o fuera de la principal, condicionada a las exigencias de cantidad y calidad del producto, precio, plazos de entrega y marca de fábrica. Ello le permite reducir sus costos fijos y variables, dándole flexibilidad, externalizando el riesgo de contracción y le evita reducir personal en caso de recesión económica. Es el fin de la integración vertical de la producción y de la empresa que era propia del paradigma fordista. Así, en los balances de la empresa fragmentada no aparece la subcontratación como "gastos en personal" sino en el rubro "compras". (2)

Al trabajo a domicilio, primera expresión de externalización o descentralización de la empresa capitalista a partir del siglo XVIII, le suceden la fabricación de subconjuntos a ensamblarse sobre el producto final (en el caso de la industria metalmecánica, automotriz y electrónica), los servicios de logística y transporte de mercaderías y personal, las tareas de tipo administrativo contable, las actividades de mantenimiento periódico, las de limpieza, los servicios médicos, etc.

Como lo destaca Raffaghelli, "cuando la empresa principal recurre a varias tercerizadas para la provisión de piezas o productos, finalmente contrata una nueva firma para el seguimiento y control de calidad, dando lugar al proceso de cuarterización, lo que fragmenta aún más la figura del empleador frente al colectivo laboral, tornando ambigua la figura del responsable"(3)

(2) Raffaghelli, Luis, op cit, p. 28.
(3) Raffaghelli, Luis, op cit, p. 29.

La tercerización es el principal instrumento de flexibilización, precarización y fragmentación de la clase trabajadora como sujeto social. No sólo tiene objetivos económicos como rebajar el costo laboral e incrementar la tasa de ganancia de las grandes empresas, sino objetivos políticos: fragmentar el colectivo laboral y debilitar la fuerza de los sindicatos.

1. La modificación del Art. 30 de la LCT propuesta por el Poder Ejecutivo y avalada por el triunvirato de la CGT determina:

"Los cedentes, contratistas o subcontratistas que cumplan con las obligaciones de control establecidas en este artículo y así lo acrediten ante las autoridades administrativas y/o judiciales competentes, quedarán eximidos de la responsabilidad solidaria prevista en el párrafo anterior".

El proyecto transforma la obligación del empleador de controlar el cumplimiento de la normativa laboral y de la seguridad social en una obligación de medios. Si el empleador demuestra ante la autoridad administrativa o judicial que ha controlado –aunque el control sea meramente formal y los resultados sean negativos– se exime de responsabilidad solidaria.

2. Además de ello, siguiendo la doctrina restrictiva sostenida invariablemente por el presidente de la Corte, Dr. Lorenzetti, en nombre de la "soberanía del contrato" se dispone: *"El presente régimen de responsabilidad solidaria no será aplicable a los trabajos o servicios que se contraten o subcontraten para realizar actividades complementarias de limpieza, seguridad, montaje de instalaciones o maquinarias, gastronomía, servicios médicos de emergencia y de higiene y seguridad en el trabajo, que se efectúen en el establecimiento o explotación. Tampoco será aplicable a los servicios de transporte de personas, desde y hacia el establecimiento o explotación".*

Es cierto que el proyecto no permite la tercerización hasta de la propia actividad principal de la empresa como la reforma brasileña; pero implica un claro retroceso aún respecto de la jurisprudencia actual.

Es necesario que se cumpla con las condiciones previstas en el primer párrafo: debe tratarse de una cesión o delegación parcial de tareas o servicios que son propios de la actividad normal y específica del establecimiento. Debe tomarse en cuenta que el artículo se refiere expresamente a "establecimiento" y no a la "empresa". Una empresa puede tener uno o varios establecimientos, y desarrollar actividades diferentes en los mismos.

El texto modificado del art. 30 de la LCT convierte en norma la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su anterior composición.

En "Rodríguez Juan R. c/Compañía Embotelladora Argentina" (fallo del 15/4/1993) se señalaba:

La misma interpretación se reitera en los casos "Luna c/ Agencia Marítima Rigel" del 2/7/93 y "Sandoval c/ Embotelladora Argentina" del 18/7/95.

La solidaridad del art. 30 no sería aplicable automáticamente en cualquier caso en que haya contratos de colaboración o vinculación interempresaria. Una extensión de responsabilidad excesivamente amplia atentaría contra el derecho de propiedad y contra la seguridad jurídica.

La Corte sostiene la inaplicabilidad del art. 30 en los casos en que un empresario suministre a otro un producto determinado, desligándose de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución, sin que sea relevante la exclusividad. Sólo sería posible la extensión de responsabilidad en caso de fraude.

En síntesis, la doctrina de la Corte de 1993 en *Rodríguez c/ Embotelladora* sobre la responsabilidad solidaria del art. 30 de la LCT es muy similar

La solidaridad del art. 30 es inaplicable en los casos en que medie un contrato de concesión, distribución, franquicia, etc.

Sólo sería viable en tales casos cuando exista fraude en perjuicio de los trabajadores.

Debe existir una ***unidad técnica de ejecución;*** no siendo relevante que la actividad esté comprendida en el ***objeto social*** de la sociedad.

Es aplicable sólo cuando haya servicios subcontratados que complementen la ***actividad normal de la empresa y exista unidad técnica de ejecución.*** Por supuesto que se excluyen todos los servicios que –aunque fueren necesarios– no están comprendidos dentro de dicha actividad normal y no formen parte de una unidad técnica de ejecución: transporte, seguridad, mantenimiento, servicios médicos, etc.

La insistencia en la necesidad de que la subcontratación implique "complementar o completar la actividad normal" y que debería existir "una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista", hizo imposible en muchos casos la aplicación del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, aún cuando haya quedado demostrado que la "proveedora" o "distribuidora" sea parte del objeto social de la empresa principal.

En su nueva composición, a partir del 2004, la CSJN fue reviendo sus decisiones, sin fijar una doctrina diferente. Generalmente, los fallos que condenaban a la empresa principal por aplicación de la solidaridad del art. 30 de la LCT quedaban firmes por la aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Recién en fecha 22 de Diciembre de 2009, la CSJN fija un criterio sustancialmente diferente al anular un fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala IX en autos ***Benítez Horacio c/ Plataforma Cero S.A.*** en el que el a quo había rechazado la solidaridad por aplicación de la doctrina de la Corte en el caso *Rodríguez c/ Embotelladora*.

El voto mayoritario de la CSJN afirma que *"es impropio de su cometido jurisdiccional en el marco de un recurso extraordinario formular una determinada interpretación de la norma citada, dado el carácter común que ésta posee".* Todas las normas invocadas por las partes: Ley de Contrato de Trabajo, leyes 24.013, 25.345, arts. 54, 59 y 274 del

Código de Comercio son de derecho común, no federal, y en consecuencia –de acuerdo al art. 75 inc. 12 de la Constitución– su aplicación y por ende su interpretación se hallan a cargo de los tribunales provinciales

La decisión anulada por la CSJN no se había apoyado sobre un criterio propio sobre la interpretación del alcance de la norma, sino que se había reducido a sostener dogmáticamente la doctrina del fallo *Rodríguez c/ Embotelladora.*

El nuevo criterio de la Corte se funda en que son los jueces locales quienes deben interpretar las normas de Derecho del Trabajo, que deberían estar contenidas en el Código del Trabajo y la Seguridad Social, nunca sancionado por el Congreso de la Nación.

Son los jueces laborales quienes deben asumir la responsabilidad de resolver con sus propios criterios los casos concretos; sin que puedan aferrarse exclusivamente a una "doctrina de la Corte" para fundar sus sentencias.

En fallos posteriores, la mayoría de la CSJN, siempre con la disidencia del Dr. Lorenzetti, reitera el mismo criterio.

La jurisprudencia de los tribunales del trabajo se ha ido liberando de la tutela doctrinaria de *Rodríguez c Embotelladora:*

> *La Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ha dicho: "En cuanto a la responsabilidad solidaria pretendida con relación a la codemandada Metrovías S.A. adelanto que a mi juicio corresponde admitir el reclamo. Ello así, por cuanto las tareas de vigilancia y seguridad realizadas por la actora, fueron llevadas a cabo íntegramente durante todo el desarrollo del vínculo en el ámbito de las instalaciones del subterráneo metropolitano donde explota su actividad comercial la codemandada Metrovías S.A., y las mismas abarcaban el control de evasión de los pasajes y la asistencia al público usuario, con lo cual cabe considerar que dicha actividad resulta necesaria y coadyuvante para el adecuado cumplimiento del objeto específico y propio de la empresa codemandada, en tanto que el transporte de pasajeros constituye una actividad lucrativa donde resulta imprescindible el control de la evasión de los pasajes y la asistencia de los pasajeros para el adecuado cumplimiento de los fines de la empresa" .*[4]

Es importante establecer que –a la inversa de lo que ocurre en el Derecho Civil– en el Derecho del Trabajo la solidaridad es la regla y no la excepción; y en consecuencia la misma se aplica a la sucesión de empresas, cesión total o parcial del establecimiento, conjunto económico, etc. El concepto surge de las propias normas de la Ley de Contrato de Trabajo (arts. 29,30,31, 225, 228, y concordantes).

(4) CNAT, Sala IX, Barco, Adriana Verónica c/Organización Fiel S.A. y otro s/Despido", 3/2/2006

Este carácter específico surge de la realidad económica que constituye el sustrato de la norma jurídica**. El desarrollo de una actividad productiva, comercial o financiera por parte de un capitalista o grupo económico (persona física o jurídica) lo obliga a contratar a trabajadores, limitando su responsabilidad a través de las sociedades de capital, constituyendo tantas como lo considere necesario, tercerizando o fragmentando la actividad productiva, comercial o financiera. Así como la descentralización administrativa del Estado no implica la pérdida de su *imperium,* ni la volatilización del poder concentrado en el mismo; la fragmentación constituye una estrategia de las grandes corporaciones nacionales e internacionales.**

Con la modificación propuesta por la reforma se pretende impedir que esta nueva jurisprudencia, que se funda en el principio de primacía de la realidad, pueda aplicarse en el futuro.

Limitación al principio de irrenunciabilidad. Eliminación de las mejores condiciones reconocidas en el contrato o relación de trabajo

Se deroga la reforma de la ley 26.574 (B.O. 29/12/2019), en vigencia desde Enero de 2010 (proyecto de Héctor Recalde) que había modificado el Art. 12, p, extendiendo el principio de irrenunciabilidad a los derechos reconocidos en los contratos individuales de trabajo.

Por aplicación de dicha norma, se considera ilegítima cualquier absorción de las diferencias reconocidas en concepto de sobresueldo al aplicarse los aumentos de los básicos de convenio, por cuanto esas mejoras se han incorporado a la remuneración habitual del trabajador.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha determinado al respecto que carece de relevancia el nombre que se le dé a un adicional salarial, en la medida que sea abonado en forma normal, habitual y permanente, toda vez que el mismo pasa a integrar la retribución y su percepción durante un lapso prolongado genera en el trabajador la expectativa del cobro. La remuneración es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo que no puede ser modificado por la voluntad del empresario sin violar la normativa vigente y, además, se encuentra alcanzada por la regla de la intangibilidad que limita la autonomía de las partes del contrato. La intangibilidad se halla íntimamente ligada al principio de irrenunciabilidad (arts. 12 de la L.C.T) , el cual supone la existencia de un derecho adquirido. La retribución del accionante fue reducida unilateralmente por la empleadora sin razones objetivas para hacerlo, razón por la cual hizo lugar al reclamo salarial impetrado.(5)

El proyecto pretende excluir de la irrenunciabilidad las mejores condiciones laborales obtenidas en el contrato o relación de trabajo. Sólo se mantiene la irrenunciabilidad de

(5) SCBA, "García Héctor Rubén c/ Esferomatic S.A. s/ Diferencias salariales. Causa 117.071, 9 de Abril de 2014.-.

los derechos previstos por la ley, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción.

La imposición de este carácter renunciable de los mejores derechos provenientes del contrato individual se complementa con el siguiente párrafo:

> *"Cuando se celebren acuerdos relativos a modificaciones de elementos esenciales del contrato individual de trabajo, las partes deberán solicitar a la autoridad de aplicación su homologación en los términos del art. 15 de la presente ley, debiendo el trabajador concurrir al trámite con asistencia de la asociación sindical que lo represente o contar con patrocinio letrado".*

Es evidente que se pretende legitimar y generalizar los acuerdos individuales que impliquen rebajas salariales, en tanto y en cuanto se respeten las remuneraciones del convenio colectivo, lesionando la intangibilidad del salario; los cuáles no pueden ser admitidos conforme al Art. 12 modificado por la ley 26.574.

Ius variandi (Art. 66 LCT):

Se elimina la posibilidad de que –frente a un ejercicio abusivo del ius variandi– el trabajador pueda recurrir a la Justicia mediante un procedimiento sumarísimo a los fines de que se mantengan las condiciones de trabajo.

El actual Art. 66, en virtud de la modificación establecida por la ley 26.068, establece:

> *"Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva".*

El poder de organización que la Ley de Contrato de Trabajo acuerda al empleador no es absoluto, sino que su ejercicio se halla limitado por el art. 14 bis de la Constitución, debe ser ejercido de modo funcional y sin causar daños morales o materiales al trabajador (principio general de alterum non laedere, art. 19 de la CN)".

Existen modalidades esenciales de la relación laboral no susceptibles de ser modificados a través del ejercicio del ius variandi: la remuneración, la jornada de trabajo y la calificación o categoría profesional del trabajador, por cuanto son de la esencia de la relación de trabajo.

El art. 66 de la LCT, reformado por la ley 26.068 prevé que en caso de ejercicio abusivo del ius variandi, el trabajador podrá optar entre darse por despedido o exigir el restablecimiento de las modalidades alteradas por la decisión del empleador.

En el primer caso, el dependiente intimará en tiempo y forma a su empleador, señalando el perjuicio moral o material que le causa la decisión, reclamando, bajo apercibimiento de considerarse despedido, que reconsidere la medida, manteniendo el horario habitual. En el supuesto de que el empresario no varíe su decisión, el trabajador podrá considerarse despedido en virtud de la injuria patronal (Art. 242 LCT).

En el supuesto de que el o los trabajadores opten por accionar judicialmente para obtener el restablecimiento de las condiciones alteradas (en nuestro caso la jornada de trabajo), "*la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva".*

El proyecto propone la eliminación de esta acción, reemplazándola por el siguiente párrafo:

> *"Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa, o reclamar el restablecimiento de las condiciones alteradas ante la instancia que se contemple para ello en la convención colectiva de trabajo aplicable o directamente ante la instancia judicial competente".*

Resulta evidente que si la convención colectiva no contempla ningún procedimiento para obtener el restablecimiento de las condiciones alteradas, el trabajador podrá acudir a "la instancia judicial competente"; pero se excluye tanto la vía sumarísima como la prohibición de innovar en las condiciones y modalidades de trabajo. En consecuencia, la acción de restablecimiento de las condiciones alteradas se transformaría en una vía judicial inocua, posibilitando que el empleador pueda llevar a cabo la medida impugnada, no dejando al trabajador otra alternativa que darse por despedido.

Rebaja de las indemnizaciones por despido. Art. 245 LCT:

Cabe señalar que nuestro país no ha ratificado el Convenio 158 de la OIT, que sólo admite el despido por causas económicas o disciplinarias. Existe el despido sin causa, y la indemnización prevista por el art. 245 de la LCT es insuficiente no sólo para reparar el daño causado, sino para permitir la subsistencia del trabajador y su familia durante un cada vez más prolongado tiempo de desempleo.

La modificación del art. 245 propuesta por el proyecto agravaría aún más la situación personal y familiar de quienes fueren víctimas del despido, una de las principales expresiones de la violencia del poder privado, al decir de los profesores Antonio Baylos Grau y Joaquín Rey.

> *Dispone que "quedan excluidos de la base salarial prevista en el párrafo anterior (la mejor remuneraciones mensual, normal y habitual devengada durante el año último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor), la parte proporcional del sueldo anual complementario, la bonificación abonada por el empleador sin periodicidad mensual y en*

base a un sistema de evaluación de desempeño, y toda compensación de gastos que el empleador efectúe hacia el trabajador".

Al excluir rubros que son de evidente carácter remuneratorio, se viola tanto el art. 103 de la LCT, como el Convenio 95 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso "Pérez c/ Disco".

En el mismo sentido lo han hecho diversos tribunales de nuestro país, entre ellos la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en los autos "Giménez, Patricia Dolores c/Blockbuster Argentina s/ Despido":.

"Nuestra legislación laboral adoptó un concepto amplio de salario a través del dispositivo del artículo 103 de la LCT según el cual "...se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo". Es decir que cualquier pago originado en el trabajo recibido, en la existencia del contrato o bien en la puesta a disposición de la fuerza de trabajo tiene en principio naturaleza remuneratoria. Y digo "en principio" porque están excluidas aquellas excepciones que surgen de la ley por no tener origen en las causas mencionadas".

"Es sabido que los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) tienen jerarquía superior a las leyes a partir de la reforma constitucional de 1994 [conf. art. 75, inc. 22)] y por ende resulta inaplicable la normativa interna que no se ajusta a las disposiciones internacionales de rango superior.

"Obsérvese que el convenio 95 del mentado organismo internacional fue aprobado en 1949 y ratificado por nuestro país a través del decreto ley 11594/1956, por lo cual cuenta con categoría "supralegal" de conformidad con lo establecido por el inciso 22), del artículo 75 de la Constitución Nacional en cuanto asigna al Congreso Nacional la facultad de "aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales...". Sobre tal base y no obstante sus diferencias con los tratados, puede afirmarse válidamente que los convenios de la OIT ostentan igual jerarquía que los tratados [excepto los enumerados taxativamente por el art. 75, inc. 22) que tienen nivel constitucional] en tanto que la OIT constituye un organismo internacional".

"Recuérdese que, a partir de la reforma constitucional de 1994, se ha conformado el denominado en doctrina "bloque de constitucionalidad federal" que está integrado, en lo que aquí interesa, no sólo por nuestra constitución formal o escrita sino también por el mentado convenio de la OIT, ratificado por nuestro país. Tal convenio adopta un criterio amplio y similar al del dispositivo del artículo 103 de la LCT cuando define al "salario" como "...la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo,

> *fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar" (art. 1)".*

Repugna al bloque de constitucionalidad la modificación del Art. 245 de la LCT propuesta, ya que desconoce el concepto de remuneración del art. 103 de la LCT, el Convenio 95 de la OIT y la doctrina de la Corte al excluir rubros remuneratorios de la base de cálculo de la indemnización por despido.

Se trata de una violación al principio constitucional de protección contra el despido arbitrario (Art. 14 bis).

Fondo de cese:

El Art. 39 Capítulo III del proyecto establece que "las entidades representativas de los empleadores junto con las asociaciones sindicales representativas de los trabajadores, signatarias de convenios colectivos de trabajo, podrán establecer a nivel convencional la constitución de un Fondo de Cese Laboral Sectorial para la actividad, con el objeto de asumir la cobertura en materia de preaviso y despido sin causa contempladas en los artículos 232 y 245 de la LCT y sus modificatorias"

> *"El presente sistema sustituye y reemplaza al empleador en el cumplimiento de las obligaciones antes mencionadas, sean directamente aplicables para las reparaciones indemnizatorias por preaviso y despido sin causa, como a las demás modalidades de extinción del vínculo laboral que a ellas se remitan".*

El Art. 40 dice que el Fondo será administrado por un ente sin fines de lucro, de conducción tripartita y control de una sindicatura cuyo titular será designado por la autoridad de aplicación, denominado Instituto Administrador del Fondo de Cese Laboral Sectorial de…(denominación de la actividad), cuyo estatuto constitutivo, organigrama, plan de acción y análisis de sustentabilidad deberán ser presentados ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social al momento de la homologación de la norma convencional que lo constituye, de acuerdo a las pautas que al respecto establezcan las normas complementarias de la ley".

La adhesión del empleador al Fondo será voluntaria, pero una vez practicada la misma tendrá carácter de irrevocable, comprendiendo a todo el personal de su dotación que se encuentra alcanzado por la Ley de Contrato de Trabajo y sus modificatorias, y quedando sujeto al cumplimiento de las disposiciones de la ley, sus normas complementarias y disposiciones emanadas del Instituto .

El Instituto Administrador del Fondo de Cese Laboral aún cuando sea una entidad sin fines de lucro, tripartita, no es una entidad pública sino privada, que tiene facultades para invertir dichos fondos. Es así como el Art. 46.- Percepción de los fondos, determina que cuando el trabajador sea despedido "podrá ejercer la opción voluntaria

de percibir los montos bajo la modalidad de pago único o de manera parcial y periódica, disponiendo que el saldo pendiente sea capitalizado por el Instituto, en el marco de las inversiones que efectúe de los recursos que administra".

1) En primer lugar, el Fondo de Cese **se convierte en un instrumento financiero, similar a lo que fueron las AFJP o los fondos de pensión en EE UU, que será administrado por una entidad privada, que podrá invertirlos en el país o en el exterior.** El Art. 43 dice que el Instituto garantizará la nominatividad de los aportes realizados por el empleador a favor del trabajador, sin perjuicio de realizar las inversiones que estime necesarias en depósitos a plazo fijo en bancos habilitados para ello, con el objeto de contribuir a su sustentabilidad.
2) **Se pretende liberar al empleador de las responsabilidades derivadas de la comisión de un hecho ilícito como el despido sin causa. El trabajador deberá reclamarle al Instituto y no al empleador el pago de las indemnizaciones**.
3) El Instituto debe depositar en la cuenta sueldo del trabajador las sumas que le correspondan en concepto de preaviso e indemnización por despido sin causa (únicos rubros que se detallan en el Art. 46) "dentro de los cuatro (4) días hábiles de recibida la comunicación del empleador o de la presentación de la misma que efectúe el trabajador". **Se habla de las sumas que le correspondan en tales conceptos, pero de ningún modo se garantiza que percibirá la totalidad de los mismos, porque ello depende de los montos que el empleador haya depositado en función del aporte al que estuviere obligado –no se aclara en el proyecto cuál será el porcentaje–, y de la antigüedad que el trabajador despedido tuviere en la empresa.**

Creación de la figura de los "trabajadores profesionales autónomos económicamente vinculados".-

Se excluye de la LCT a estos trabajadores –que se regirán por un estatuto especial- , definidos como aquellas personas que presten servicios especializados, realizando una actividad a título oneroso, de manera habitual, personal y directa, para una persona física o jurídica, de la que resulte económicamente hasta el 80 % de sus ingresos anuales y/o no se superen las 22 horas semanales de dedicación.

De esta forma se legitima la explotación de los profesionales y técnicos, mano de obra calificada barata requerida por las grandes empresas.

Actualización de los créditos laborales:

El art. 37 del proyecto modifica el art. 276, determinando que los créditos laborales serán actualizados conforme a la tasa fijada por el Banco de la Nación Argentina para las Unidades de Valor Adquisitivo (UVA) correspondiente a sus operaciones de crédito hipotecario, desde la fecha en que debieron abonarse hasta la fecha de su efectivo pago.

Aclara en el segundo párrafo que dicha actualización será aplicada por los jueces o por la autoridad de aplicación, de oficio o a petición de parte, incluso en los casos de

concurso del deudor así como también con posterioridad a la declaración de quiebra, aclarando finalmente: ***"no debiendo calcularse otros intereses sobre las sumas ajustadas".***

La elección de una tasa de interés baja y la aclaración final que excluye cualquier otro interés pone de relieve que el objetivo de esta norma es la licuación o pulverización de los créditos laborales, lo que constituye un claro acto discriminatorio en perjuicio de los trabajadores.

Regularización del empleo no registrado:

Se promueve una amplia y generosa amnistía en beneficio de los empleadores que no han cumplido con las normas laborales y de la seguridad social.

El Art. 3 dispone que la registración que practique el empleador en los términos del artículo 7° de la ley 24.013, así como la rectificación de la real remuneración o la real fecha de inicio de la relación laboral, producirá:

a) La extinción de la acción penal prevista por la ley 24.769 y liberación de las infracciones, multas y sanciones de cualquier naturaleza previstas en las leyes 11.683 , 17.250. 22.161, Art. 32 ley 24.557, delitos relativos a los Recursos de la Seguridad Social de la ley 24.769, ley 25.212, "firmes o no, siempre que se encuentren impagas o incumplidas a la fecha de entrada en vigencia de esta ley". A los empleadores incumplidores les conviene mantener sin registración y continuar evadiendo hasta que se sancione esta ley.

b) Baja del Registro de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL), creado por ley 26.940.

c) Condonación de la deuda por capital e intereses, cuando aquella tenga origen en la falta de pagos de aportes y contribuciones con destino a los Subsistemas de la Seguridad Social: 1) Sistema Integrado Previsional Argentino, ley 24. 241. 2) Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI, ley 19.032). 3) Régimen Nacional del Seguro de Salud, ley 23.661. 4) Fondo Nacional de Empleo, ley 24.013. 5) Régimen Nacional de Asignaciones Familiares, ley 24.714.

Otro beneficio más para los empleadores incumplidores:

El art. 5 dispone una generosa condonación de deuda por capital, intereses, multas y punitorios correspondientes a los conceptos del inc. C) del art. 3 (aportes y contribuciones al sistema de seguridad social, etc).

Del 100 % si la registración se produce en los primeros 180 días.

Del 70 % en el caso de que lo haga con posterioridad a los 180 y hasta la finalización del plazo fijado (360 días).

Pero lo más grave es que los trabajadores en negro o mal registrados no se verán favorecidos por esta generosa amnistía.

Por el contrario, el inc d) del Art. 3 dice: ***"Los trabajadores incluidos en la regularización prevista en el régimen tendrán derecho a computar hasta SESENTA (60) meses de servicios con aportes o la menor cantidad de meses por las que se los regularice calculados sobre un monto mensual equivalente al Salario Mínimo Vi tal y Móvil vigente, a fin de cumplir con los años de servicios requeridos por la ley 24.241 y sus modificaciones para la obtención de la Prestación Básica Universal y para el beneficio de Prestación por Desempleo previsto en el art. 113 de la ley 24.013. Los meses regularizados no serán considerados respecto de la prestación adicional por permanencia y no se computarán para el cálculo del haber de la misma ni de la prestación compensatoria".***

Las multas en beneficio del trabajador no registrado previstas por los arts. 8, 9, 10 de la ley 24.013 son suprimidas; y reemplazadas por multas ínfimas que serán destinadas a los organismos de Seguridad Social. Las multas son equivalentes al 50 % del Salario Mínimo Vital Móvil vigente al momento de la i mposi ción, por cada período mensual no registrado o el que proporcionalmente corresponda.

Se derogan los arts. 15 de la ley 24.013, 45 de la ley 25.345 y 1° de la ley 25.323. No habrá duplicación de los haberes indemnizatorios en casos de despido directo o indirecto de trabajadores en negro o mal registrados. No habrá indemnización en caso de falta de entrega de la constancia de aportes o del certificado de trabajo del art. 80 LCT.

Red Federal de Servicios de Empleo:

El Ministerio de Trabajo deberá garantizar el funcionamiento de esta Red, que "podrá brindar los servicios de manera directa o celebrar acuerdos con las provincias, la CABA, los municipios, los organismos no gubernamentales y otras instituciones prestadoras de dichos servicios, incluyendo agencias privadas de empleo, conforme lo establece el Convenio 181 de la OIT" .

Se otorga patente de corso al sector privado para intermediar en la contratación de personal, fundándose en el Convenio 181 de la OIT sobre agencias privadas de empleo que nunca fue ratificado por nuestro país.

El proyecto estratégico de la clase dominante. La flexibilización de hecho o negociada:

El Derecho del Trabajo argentino es –a juicio de los ideólogos de la clase dominante- excesivamente rígido. La reducción de los salarios de los trabajadores argentinos –que consideran demasiado altos-, el aumento de la plusvalía absoluta y el incremento de la tasa de ganancia son los objetivos principales del gobierno actual.

Ya en Julio de 2016, el diario La Nación advertía que *"las dificultades por las que atraviesa la economía debido a la herencia recibida, reclaman, entre otras necesidades, el aumento del empleo privado y una mejora de la competitividad. El cumplimiento de*

ambos objetivos permitirían absorber el empleo público excedente e incrementar genuinamente el nivel real de los salarios. Sin embargo, ninguno de estos propósitos podrán lograrse sin una reforma del modelo vigente de relaciones laborales en la Argentina. ***Se requieren modificaciones legales y estructurales, tanto en las reglas de alcance individual sobre el trabajador, como en las que hacen a los acuerdos colectivos****. Si bien la creación de nuevos puestos de trabajo es consecuencia, principalmente, de la inversión y del crecimiento de la economía, las normas laborales juegan un papel importante. Deben ser lo suficientemente equilibradas para proteger a quienes aportan su trabajo, pero sin por ello alcanzar a desalentar la inversión ni afectar la productividad".*

La nueva flexibilización apunta a objetivos estratégicos de la clase dominante que no se circunscriben al Derecho Laboral, sino a la totalidad de la superestructura jurídica, que continúan y superan los exigidos por las transnacionales y los organismos multilaterales de crédito (FMI, Banco Mundial, etc.) en la década del 90.

Y las exigencias de rebaja del "costo laboral argentino" y la recomposición de la tasa de ganancia, más allá de la suerte del proyecto de reforma laboral, apuntan a los siguientes objetivos:

La sustitución de los convenios de actividad por los convenios de empresa o sectoriales, apuntando gradualmente al reemplazo de los convenios colectivos de trabajo por los acuerdos individuales de la empresa con los trabajadores.

La generalización de los contratos temporarios que irían sustituyendo al personal con estabilidad relativa por personal nuevo sin ningún tipo de estabilidad. En condiciones de aumento de la legión de desocupados, ésta presionaría en un sentido favorable a la reducción salarial y al acceso a nuevos empleos con contratos basura.

Otro objetivo del actual gobierno es eliminar la periodicidad anual de las paritarias. El poder ejecutivo no convocará más a las partes de los convenios colectivos para negociar un aumento salarial; sino que ello dependerá de la voluntad de las partes o de la capacidad de lucha de los trabajadores.

Una buena parte de las direcciones sindicales han venido aceptando los convenios de empresa desde los 90, e incluso acuerdos sectoriales *in peius* para los trabajadores, los que fueron homologados invariablemente por el Ministerio de Trabajo bajo diversos gobiernos. El objetivo de la "reforma" es fomentar estas prácticas mediante la firma de acuerdos simples, obviando el requisito de la homologación.

La flexibilización de hecho ha avanzado a través de acuerdos impulsados por el gobierno actual. Los principales ejemplos son: el acuerdo suscripto por las corporaciones y el sindicato de petroleros de Vaca Muerta en la Patagonia, el acuerdo marco que –explotando la situación de endeudamiento de Sancor, entidad cooperativa integrada por productores lácteos de las provincias de Santa Fe, Córdoba y Buenos Aires– obliga al sindicato de los trabajadores lácteos ATILRA a abrir el convenio colectivo 2/88 a los fines de reducir los beneficios obtenidos en materia de descansos, licencias, pagos de horas extras, etc., y el convenio firmado en Tierra

del Fuego por las patronales, el gobierno provincial y la UOM Seccional Tierra del Fuego que determina el congelamiento salarial hasta el año 2020.

Como ocurriera en los 90, la flexibilización de hecho se anticipa y prepara las condiciones para la flexibilización de derecho.

Las posibilidades de implementar una reforma regresiva como la de Brasil depende de la correlación de fuerzas, de la capacidad de resistencia de las organizaciones sindicales y sus direcciones, y de la posibilidad de que se fortalezca un bloque legislativo de oposición en ambas cámaras que rechace estos proyectos. Es importante destacar que el nivel de sindicalización en Argentina alcanza al 37 %, en Uruguay el 34 %, mientras que en Brasil llega sólo al 17 % y en Chile al 14 % de los trabajadores ocupados, lo que permite medir comparativamente la fuerza de las organizaciones sindicales.

El nivel de informalidad laboral alcanza a un 33,8 % en la Argentina, y a un 36 % en Brasil, en ambos casos un elevado índice, que aumenta en la medida en que se acrecienta la precarización del empleo. Cuando el gobierno argentino se refiere a un "aumento" de la ocupación en el año 2017, oculta el hecho de que la mayor parte de los nuevos ocupados son monotributistas, es decir que se encuentran en situación de precariedad laboral, sin estabilidad ni aportes a la seguridad social. Las diferencias salariales entre los trabajadores registrados y los informales son muy importantes, además de existir una brecha considerable en perjuicio de las mujeres. Según el Ministerio de Trabajo de la Nación, el promedio percibido por un trabajador varón registrado es de $ 17.038.-, mientras el de una trabajadora es de $ 13.587.- (diferencia entre un 21 y un 24 %). En el empleo informal, la brecha es de un 35 %, ya que mientras los varones perciben un promedio de $ 8.300.-, las mujeres $ 5.426.- En ambos casos, los salarios se ubican por debajo del actual salario mínimo, vital y móvil, que es de $ 8.860.- Existe una baja inserción de la tasa de empleo registrado de la mujer, que pese a representar más de la mitad de la población del país, alcanza sólo el 43,1 %, mientras la de los varones supera el 66 %, según datos de la Encuesta Permanente de Hogares de 2017. Cabe destacar que una familia requiere un ingreso de $ 15.245.- para no ser pobre; y $ 6.248 para no ser indigente.

La embestida contra los abogados laboralistas y jueces del trabajo y la escalada de represión contra los trabajadores (docentes, Pepsico y otros), así como la pretensión de naturalizar los despidos masivos, aumentando la legión de los desocupados –que se aproximan a los dos dígitos en todo el país- crean las condiciones para la rebaja salarial y el crecimiento de la redistribución regresiva del ingreso. Esta nueva realidad servirá de justificación para imponer los proyectos de flexibilización de las relaciones de trabajo, el autoritarismo patronal y debilitamiento de los sindicatos.

El gobierno argentino –a través del Presidente y del Ministerio de Trabajo– ha planteado que una reforma de la legislación laboral y la renovación de los convenios colectivos de trabajo son indispensables para la rebaja del costo laboral, a fin de que la Argentina no pierda competitividad en el mundo. El gobierno argentino se ha reendeudado compulsivamente, sigue una política de "metas de inflación", fijadas en el

pasado por el Consenso de Washington, y su economía será controlada nuevamente por la banca acreedora y los organismos internacionales de crédito; con su política de devaluación y libertad de importaciones ha promovido la desindustrialización del país, aplicando en la práctica la llamada ley de ventajas comparativas ("granero del mundo" o "supermercado del mundo"), la reducción de los salarios a través del aumento de la legión de desocupados hasta dos dígitos, la pulverización de los convenios de actividad mediante los acuerdos de empresa. Tal visión obedece a la lógica agro-exportadora del actual gobierno, que omite la necesidad del crecimiento del mercado interno, y la rebaja salarial no hará más que deprimirlo aún más, reduciendo nuestras posibilidades de desarrollo como país industrial. Pero el desarrollo industrial alcanzado y la estructura de clases generada por el mismo resisten; pues –como se ha señalado en opinión que compartimos– "a más desarrollo, más diversificación y menores posibilidades de volver al mítico pasado armónico. De hecho los países que menos diversificaron su estructura productiva son aquellos en los cuales la dominación social presenta menos resistencia y problemas de legitimación".

Violación de los pactos internacionales:

Los proyectos de reforma laboral y previsional son violatorios de los pactos internacionales de derechos humanos, que la Constitución reformada en 1994 reconoce expresamente:

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos sancionada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948 determina que "1.- toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2.- Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3.- Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4.- Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses". **La Declaración insta a los Estados a adoptar medidas progresivas de carácter nacional e internacional que aseguren el reconocimiento y aplicación universales de los derechos.**

2. Recién a partir de 1966 -cuando se aprueban el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- se avanza desde el nivel de las declaraciones al de su concreción efectiva.

3. La libertad de reunión pacífica y asociación son derechos básicos de los trabajadores que han sido ratificados por organismos internacionales: A) La Asamblea del 14/9/2016 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU; b) El OG 23 Art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ratificado por ambos países.

4. La prevención del fraude, la exclusión discriminatoria y la protección contra el despido arbitrario son expresamente reconocidos como derechos de los trabajadores en la Asamblea General de la ONU del 21/12/2005, Arts. 3 y 8; así como por la Resolución 32/3 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Asamblea General del 2016.

5. Pero no existe a nivel internacional la garantía de su cumplimiento. El Comité de Derechos Humanos creado por el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos sólo puede emitir dictámenes y no resoluciones que puedan imponerse a los Estados. No existe en el ámbito de las Naciones Unidas un poder jurisdiccional que tenga competencia para hacer cumplir estos Pactos y los principios consagrados por la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Condiciones estructurales e ideológicas de la resistencia sindical y política de los trabajadores:

El proyecto de reflexibilización y la flexibilización de hecho o negociada tienden a individualizar la relación de trabajo, aislando a los trabajadores, disolviendo el colectivo laboral, desregulando cualquier control sobre el ejercicio del poder empresario y facilitando actos de violencia privados tales como el despido. El objetivo de la clase dominante y su gobierno es desarmar política, ideológica y psicológicamente a la clase trabajadora, liquidar o neutralizar sus organizaciones, anulándola como fuerza social.

No es lo mismo que los trabajadores tengan derecho efectivo a un puesto de trabajo estable, por tiempo indeterminado; que una realidad en la que la mayoría de los trabajadores se hallan precarizados en diversas formas: no registrados o "en negro", pasantes, contratos de colaboración, etc.

No es lo mismo tener un dígito que dos dígitos de desocupación.

No es lo mismo trabajar 14 horas diarias, que hacerlo durante 6 o 35 semanales. Porque la reducción del tiempo de trabajo no sólo garantiza la salud física y psíquica de los trabajadores, sino que crea las posibilidades de destinar parte del tiempo libre al estudio, la formación y la participación social y política.

No es lo mismo garantizar la estabilidad o la propiedad del puesto de trabajo, conforme al Convenio 158 de la OIT, que tener un sistema jurídico basado en la inestabilidad en el trabajo. Porque la estabilidad en el trabajo y la ciudadanía en la empresa son los derechos que condicionan la posibilidad de luchar por otros derechos; y el trabajador que carece de estabilidad pone en riesgo su trabajo si decide organizarse sindicalmente.

El gobierno y sus voceros mediáticos presentan al despido sin causa como un acto normal, políticamente neutro, derivado de exigencias organizativas, de la racionalidad y el cálculo económico de la empresa.

Se trata de convencer a la sociedad, y a los propios trabajadores que el despido es un hecho natural, casi fisiológico de la sociedad capitalista, y que debe ser aceptado sin resistencia alguna.

Los objetivos de estas reformas se concentran en despojar a la relación laboral de todo carácter colectivo, y particularmente eliminar todo obstáculo o regulación de los despidos colectivos (en nuestro país el procedimiento preventivo de crisis de empresas, en España expedientes de regulación de empleo), dejando a los empleadores las manos libres para las deslocalizaciones, cierres totales o parciales, fusiones, etc.

Gramsci decía que *"el proceso de producción capitalista, considerado en su nexo complejo, es decir como proceso de reproducción, no produce sólo mercancías, no produce sólo plusvalía, sino que produce y reproduce la relación capitalista misma: de una parte el capitalista, de la otra el obrero. El proceso revolucionario se actúa en el campo de la producción, en la fábrica, donde las relaciones son de opresor y oprimido, donde no existe libertad para el obrero, donde no existe democracia; el proceso revolucionario se actúa donde el operario es nada y quiere ser todo, donde el poder del propietario es ilimitado, es poder de vida y de muerte sobre el obrero y su familia. En el fondo de cada problema de producción está el problema político, es decir el de las relaciones sociales, del funcionamiento orgánico de la sociedad. Para organizar seriamente la producción se necesita primero, o mejor contemporáneamente, organizar en relación a la misma a toda la sociedad, que en la producción tiene su expresión más genérica y directa. La producción es el alma de la sociedad, su símbolo más comprensivo e inmediato".*

> *"La reflexión sobre la relación entre política y producción determina que sólo partiendo de esta realidad es como la clase obrera, identificándose a sí misma como alternativa, puede integrar, organizar y dirigir otros estratos sociales intermedios, definiéndolos a la luz del puesto que ocupan en el proceso productivo respecto a la clase obrera".*
>
> *"El consejo de empresa da a la clase conciencia de su valor actual, de su función real en la sociedad, de su responsabilidad, de su futuro. La clase obrera trae la consecuencia de la suma de experiencias positivas que los individuos singulares cumplen personalmente, adquiere la psicología y el carácter de clase dominante, se organiza como tal".*

El capitalismo en su etapa actual tiende a descentralizar la empresa (tercerizaciones, empresas en red, etc.), fragmentando a la clase trabajadora, impidiendo que la fábrica o el lugar de trabajo sea el territorio donde los explotados tomen conciencia de las relaciones sociales, que siempre son relaciones de poder.

Se busca evitar la recomposición del sujeto de clase, la politización de las luchas y el desarrollo de las organizaciones sindicales, particularmente su expresión interna dentro de la empresa: las comisiones internas.

En este contexto, los objetivos políticos de la clase dominante son tanto o más importantes que los económicos. Anular o debilitar la acción de los sindicatos, impedir que éstos puedan incidir en la fijación del salario real, en la lucha contra los despidos y por los derechos y reivindicaciones de los trabajadores, y cualquier propósito de participar en las decisiones organizativas de la empresa.

De esta forma se impide que los trabajadores puedan reflexionar sobre la relación entre política y producción, entre la organización de ésta y de la sociedad, sobre la contradicción entre una sociedad aparentemente democrática y una empresa autoritaria; entre el carácter de ciudadanos que se les reconoce en la sociedad, y el sometimiento al que se hallan sujetos en la empresa capitalista, hasta el extremo de que pueden ser desalojados de la misma sin que exista causa alguna.

Habrá quienes sostengan que la clase obrera ha desaparecido. Estas teorías sobre desaparición o dilución de la clase trabajadora reaparecen en períodos de bajo nivel de las luchas y de ofensiva de las derechas y el capitalismo, de repliegue y actitud defensiva de los trabajadores en un momento de ofensiva patronal.

Pero la historia ha demostrado que tal desaparición está muy lejos de haberse cumplido, y que en realidad se ha producido el fenómeno contrario: un mayor número de asalariados e incorporación de los técnicos a la clase trabajadora. Por otra parte, el repliegue de los sectores populares no implica que la lucha no vuelva a tomar nuevos impulsos y formas.

Existen condiciones específicas propias de la estructura sindical que determinan las posibilidades, las formas y el alcance de la resistencia de los trabajadores en ambos países.

En nuestro país los sindicatos tienen una mayor presencia dentro de las empresas, pues los cuerpos de delegados y las comisiones internas tienen una importancia fundamental. El sindicato se conforma como una realidad interna dentro de la propia empresa, y en esto reside principalmente su fuerza, y no en una supuesta unidad por rama de la producción, que en realidad nunca ha existido. Por tal razón, la represión de la dictadura de 1976-1983 se concentró en las comisiones internas, más que en las direcciones sindicales, generalmente más negociadoras. De ahí la importancia de la actual resistencia de los cuerpos de delegados y comisiones internas, que agrupan alrededor de 75.000 delegados en todo el país.

El paro y movilización docente del 6, la imponente marcha convocada por la CGT el 7, y el paro y movilización de las mujeres del 8 de Marzo de 2017, y la movilización del 29 de Noviembre frente al Congreso Nacional en repudio a los proyectos de reforma previsional, fiscal y laboral muestran un punto de inflexión y un crecimiento del nivel de conciencia y capacidad organizativa de los trabajadores y los sectores populares.

La resistencia se expresa en la acción de organizaciones sindicales nucleadas en la Corriente Sindical Federal, que se hallan dentro de la CGT, aunque no coincidan con la política negociadora de la actual dirección de la misma, en la Secretaría Gremial de la CGT a cargo de Pablo Moyano, en la CTA de los Trabajadores y la CTA Autónoma,

y en la Central de Trabajadores de la Economía Popular (CTEP) que nuclea a trabajadores que se encuentran al margen de las empresas, sin relación de dependencia, que motorizan actividades productivas a través del trabajo autogestionario.

En la Argentina existe –como correlato de la restauración neoliberal– una desnaturalización del sistema republicano, basado en la inexistencia de mediaciones entre el poder económico y el poder político, reforzando el dominio total del capital más concentrado sobre los trabajadores y los sectores populares.

Las instituciones del Estado han quedado reducidas a un solo poder real: el Ejecutivo, que domina de hecho al Congreso, al que se le adjudica el rol de legitimar los cambios políticos, económicos y sociales regresivos, con la complicidad, la inacción o inocuidad del Poder Judicial.

Es el sistema democrático el que está en peligro cuando es el poder económico –en ejercicio del poder político, sin mediaciones, desde el propio Presidente hasta cada uno los ministros, CEOs o accionistas de la banca y grandes empresas- el que impone las reglas, la dirección fundamental, los objetivos centrales, con la apariencia o la ficción de que estas decisiones estarían respaldadas por la voluntad mayoritaria del pueblo expresada en elecciones. El pueblo sólo es reconocido por la clase dominante como "cuerpo electoral", que desaparece apenas terminada una elección. Es por ello que la resistencia no sólo se expresa en una alternativa electoral de oposición, sino en la recuperación del protagonismo del pueblo en las luchas sociales y políticas para defender sus derechos económicos y sociales, y las libertades democráticas amenazadas.

El nivel de represión de la protesta social ha excedido los límites de un Estado de Derecho.

Es la libertad del hombre la que está en juego, cuando en nombre de la libertad de los mercados y los capitales se lo esclaviza, recortando o eliminando los derechos sociales.

Es por ello que en Argentina y Brasil, como en el resto de los países de América Latina, la resistencia deberá confluir en un bloque político y social de los trabajadores, los campesinos pobres y los sectores no comprometidos con los intereses imperiales, para luchar por el pleno reconocimiento de los derechos sociales y políticos, por la remoción de todos los obstáculos que se oponen a la democratización de las relaciones sociales y por la construcción de las bases de una sociedad igualitaria, sin explotación ni opresión.

LINEAMIENTOS PARA SOLUCIONAR EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA EN EL PERÚ

Francisco Javier Romero Montes[1]

(Perú)

Sumario: Resumen. Abstract. Palabras claves. Key words. 1.- Introducción. 2.- Dimensiones del problema. 3.- La mora judicial. 4.- Las garantías judiciales: a) La tutela judicial efectiva, b) Procesos sin dilaciones indebidas, c) Derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, d) Derecho a un recurso sencillo y rápido, e) Jurisdicción adecuada de justicia. 5.- Problemas del Poder Judicial: a) Insuficiencia cuantitativa de los jueces titulares, b) Los jueces magistrados titulares, c) Los jueces y magistrados provisionales, d) Los jueces y magistrados suplentes, e) Demora de los procesos judiciales, f) El presupuesto del Poder judicial, g) Control y sanciones de las autoridades, h) El tema de la corrupción. 6.- Modelos procesales no conocidos en el Perú: a) El procedimiento monitorio, b) Los modelos españoles, c) El litigio estratégico, c) El litigio de alto impacto. 7.- Referencias bibliográficas.

Resumen: La justicia en el Perú se encuentra totalmente colapsada. Para solucionar este problema siempre hemos recurrido a la modificación de los Códigos Procesales y la legislación sustantiva sin resultado positivo alguno. Es por eso que los problemas subsisten y a veces se agravan porque las legislaciones nuevas frecuentemente traen sus inconvenientes.

(1) *Bachiller, Abogado y Doctor. UNMSM. Profesor Experto de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.*
fjromerom@hotmail.com

Como ejemplo, podemos citar la promulgación del Código Procesal Civil, el Código Procesal Penal, la Nueva Ley Procesal del Trabajo, la creación de la vía contenciosa administrativa, que ha empeorado la administración de justicia, lo que nos lleva a una situación permanente de justicia colapsada.

El problema central que se ha producido es el de la mora judicial, que es un velo, debajo del cual se ha desarrollado la corrupción en todos los niveles. El propio Presidente del Poder Judicial, doctor Duberli Rodríguez, ha declarado que el principal problema que afronta el Poder Judicial no es la corrupción, sino la lentitud procesal. También afirma que el día que ganemos en celeridad la gente se sentirá más satisfecha. Entonces resolvamos ese problema y el otro se debilitará automáticamente.

En un estudio llevado a cabo por Proética, se señala que el 48% de los peruanos considera al Poder judicial como la institución más corrupta del país, por encima del Congreso y de la Policía. Por otro lado, un estudio de Transparencia Internacional, titulado Barómetro Global de la corrupción, precisa que el 32% de los encuestados peruanos afirma haber pagado coimas a jueces. La misma encuesta concluye afirmando que el 70% de la gente, desconfía del Poder Judicial y además revela que el Perú es el único país de América en el que el Poder Judicial es percibido como la institución más corrupta(2).

Es por eso que el presente trabajo concluye señalando los esfuerzos que vienen haciendo algunos países para solucionar problemas como el nuestro, donde la mora judicial es fundamental.

Abstract: Justice in Peru is fully collapsed. Changes in procedural and substantive laws have been usually introduced to solve this problem. Notwithstanding, the result reached has not been positive because laws enacted have produced outcomes unforeseen, and often undesirable. This is the case of the justice administration that has been worsened due to the bad implementation of the Civil Procedure law, the new Criminal Procedure Law, the new Labour Procedure Law, among others.

One of the main problems has been the delay in the resolution of lawsuits before the Power Judicial which has spurred corruption at different levels of the judicial administration. Current President of the Power Judicial, Mr. Duberli Rodriguez, has stated that que the main problem is not the corruption but the slowness of procedures. He has also said that the improvement of this situation could left everybody satisfied, so corruption would go away once government invest in improving judicial performance.

According to the report recently launched by Non-Governmental Organization Proetica, 48% of the Peruvian people considers that the Power Judicial is corrupted, even above the Congress and the Police. Likewise, the Global Barometer of Corruption, a survey endorsed by International Transparency points out that 32% of the people admitted paying a bribe to judges. The same survey indicates that 70% of the people distrusts

(2) Semanario "Hidebrant en sus Trece" del 13 de octubre de 2017, pp. 9 y 39.

the judiciary. As the result of the survey, Peru is perceived to be highly corrupt among Latin American Countries.

This paper shows the efforts made by some countries to reduce the delay in the judicial process which could help to guide reforms in Peru.

Palabras clave: Lineamientos, Litigio, corrupción, mora judicial, colapsar, garantías judiciales, tutela jurisdiccional.

Keywords: Guidelines, litigation, corruption, delay in the judicial process, collapse, judicial safeguards, access to justice.

1.- INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos del derecho de los magistrados a recibir una contraprestación por sus labores que prestan a la comunidad o sociedad, no podemos dejar de considerar en qué consiste las labores que brindan. Se trata de administrar justicia. Es decir, tienen a su cargo la función jurisdiccional.

Los griegos, a través de Aristóteles, definieron al ser humano como un zoo politicón, es decir, como un ente social, que por su naturaleza vive en una comunidad, en una sociedad. Esto quiere decir que allí donde el hombre no existe o lo imaginamos que vive sólo, no hay necesidad del derecho. Por el contrario, si el hombre, por su naturaleza, es social, convive con otros en su comunidad y en esa convivencia existe la posibilidad que entre sus miembros aparezcan las desavenencias o desacuerdos, que en el ámbito del derecho se denominan conflictos y que es necesario solucionarlos, mediante un tratamiento que es la "justicia".

Para muchos tratadistas, la justicia es un concepto cósmico, una ley universal que expresa un orden que nunca debe alterarse: todo desorden es una injusticia. Es por eso que se habla de la justicia social, que es una versión de esa concepción cósmica aplicada a los seres humanos que la aceptan como un orden social y cualquier alteración de la misma, es injusta. Se considera que hay justicia, en las relaciones sociales, cuando a nadie se le desposee de lo que le es debido; esto es, se respeta el equilibrio en el intercambio social. Por el contrario, si hay desequilibrio y, por tanto, injusticia, tiene que haber una compensación justa, por el incumplimiento(3).

La justicia es un valor humano y su concepción ha evolucionado en la medida que el hombre se ha ido desarrollando en su conocimiento y dominio del mundo. En un primer momento el hombre concibió la justicia como un acto de venganza del "ojo por ojo o diente por diente". Superada la autotutela, también la justicia tuvo y sigue teniendo un

(3) Ferrater Mora, José, Diccionario de Filosofía, Tomo II, Barcelona, Editorial Ariel, S. A 1994, pp 1979-1980

carácter divino y trascendente, producto de la voluntad de los dioses. Pero al margen de estas consideraciones, la justicia es hoy un sistema que está a cargo de órganos judiciales o Poder Judicial, que posee el monopolio de la administración de justicia, para cuyo efecto, las comunidades aspiran a que sus miembros sean intachables y dotados de conocimientos y experiencia para una correcta función jurisdiccional.

2.- DIMENSIONES DEL PROBLEMA

Definir la justicia, significa descubrir sus valores y principios. En tal sentido, la justicia tiene un valor universal y absoluto, pero la justicia es humana y está al servicio del hombre y como tal se convierte en algo relativo, porque el ser humano es algo que cambia y evoluciona, de donde se desprende que la justicia, como concepto, tiene una dimensión a priori, pero por ser humana es experimental y a posteriori.

Esta es la razón por la que para administrar justicia, es decir, para cumplir con la función jurisdiccional, existen sistemas de administración de justicia que buscan resolver los conflictos de acuerdo a los valores y principios de la justicia. Como el hombre no es algo acabado sino un proyecto que se va haciendo, los sistemas de administración de justicia no son perfectos, sino perfectibles. Veamos, pues entonces cuáles son esos inconvenientes que impiden que esos sistemas de justicia sean imperfectos y cuáles pueden ser sus soluciones.

La justicia es una condición que debe estar siempre ligada a la persona humana; que en ningún momento deben separarse; no es posible concebir que un hombre viva sin justicia. Luego, la ausencia de justicia es lo que comúnmente denominamos la mora o ausencia judicial, que tiene diferentes causas que va desde lo que socialmente se denomina la corrupción de la administración del sistema, hasta los estados de pobreza de los Estados y de los justiciables.

Por ser la justicia un tema humano, el hombre la intuye y debe corregirse de inmediato, por parte de los órganos que tienen a su cargo la administración de justicia, sin preámbulo ni intermediación alguna. Justicia que llega tarde ya no es tal. En consecuencia, los procedimientos que tienen que ver con su administración deben ser rápidos y sencillos, sin formalidades excesivas y sin la intervención de personas que difieran tales propósitos. En tal sentido, los procedimientos escritos, en lugar de la justicia directa o la intervención de terceros como son los abogados, contribuye enormemente a que la justicia demore y no sea oportuna.

Igual podemos decir, cuando los esquemas procesales están diseñados con un exceso de instancias, o cuando los recursos impugnatorios no se resuelven de inmediato y se fijan plazos excesivos.

El hecho que el Poder Judicial tenga a su cargo la exclusividad de la administración de justicia, no significa, en manera alguna una función o poder de preferencia. Por el contrario, los litigantes, en sus relaciones cuotidianas, siempre deben estar guiados por criterios de justicia y sólo acudir a la función jurisdiccional del Estado cuando esa

relación directa no funcione. Es en esta etapa donde los abogados y hombres de derecho deben cumplir una función de asesoramiento e información.

En conclusión esa división en las funciones púbicas, a la que Aristóteles se refería, y que eran la legislativa, judicial o jurisdiccional y administrativa o ejecutiva, posteriormente recogida por la teoría clásica de Montesquieu que la formuló en su obra "El espíritu de las leyes", que declaró que en todo Estado hay tres clases de poderes: la potestad legislativa, la potestad ejecutiva y el poder jurisdiccional, que en los actuales tiempos, no es muy fácil aplicar.

Han trascurrido siglos desde estos enunciados. Como la vida del hombre es compleja en su desarrollo, estos paradigmas simples ya no son suficientes para preservar al ser humano de algo que lo aleja de la justicia. Con toda razón, podemos decir que los sistemas jurisdiccionales siempre están en crisis, las fórmulas para dar a cada quien lo que le corresponde siempre están colapsadas: esa es su naturaleza. De manera que el quehacer cuotidiano del hombre es su lucha permanente para mantener a flote ese trato justo que requiere la persona para vivir en paz, rodeado de seguridad, entre otras cosas.

3.- LA MORA JUDICIAL

La mora judicial es un problema que agobia a la humanidad. Veamos cómo se define este tema. El año 2002 en la cumbre Judicial Iberoamericana realizada en México se precisó que la mora judicial "es el retraso respecto de la duración razonable o estimada del proceso en toda su amplitud temporal incluyendo así la fase declarativa como de la ejecución de lo declarado". Como se puede ver aquí está de por medio el principio de razonabilidad; el concepto no habla de plazos en concreto, sino de "plazos razonables" que deben tener los conflictos que se juzgan y que serán diferentes según se trate de la materia. Hablar de plazos en concreto, sin tener en cuenta el tema materia del juzgamiento, podría llevarnos a fijar plazos injustos.

Por eso el concepto que se formula en la Cumbre de San Salvador, también el año del 2002, reafirma este criterio, al sostener que la mora judicial debe entenderse como el incumplimiento de plazos o como retraso respecto de la duración razonable de todo proceso hasta su conclusión; es decir, la parte declarativa y su correspondiente ejecución. De ahí que, el objetivo fundamental de su erradicación es el logro de una justicia pronta y efectiva.

Este es un tema que concierne al Estado, en sus tres potestades o funciones. Corresponde al órgano legislativo crear normas razonables con plazos adecuados; es tema de los órganos jurisdiccionales el juzgamiento oportuno, sin mora judicial, y concierne al poder ejecutivo, hacer cumplir los fallos en forma inmediata.

Como ya lo dijimos, el retardo de la administración de justicia se debe a un sin número de causas que pueden ser legales o ilegales, que van desde los plazos irrazonables que señalan tanto las leyes sustantivas como procesales, la falta de idoneidad profesional

de los magistrados, la politización de la administración de justicia, que hacen perder la independencia e imparcialidad que desprestigia a la función jurisdiccional.

Circunstancias de esta naturaleza impiden que el Estado y la administración pública cumplan con realizar el bien común de los ciudadanos, al no dar respuestas concretas a los requerimientos sociales, como son la educación, la salud, la inclusión social. Si se trata de la administración de justicia, el hecho que una causa no se juzgue cuando deba juzgarse, es similar a la acción del juzgador que intencionalmente resuelve en sentido equivocado. De manera que la administración de justicia es un servicio que todo Estado democrático tiene la obligación de prestar a sus ciudadanos.

Para cada uno de estos aspectos se establece sus sistemas de encausamiento. El aspecto que tiene que ver con la justicia, tiene su forma de acceso a la justicia y que consiste en el derecho que tiene toda persona, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideológica, política, religiosa a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas por medio de toda clase de mecanismos eficaces que permitan solucionar un conflicto(4). De manera que la justicia es un derecho humano de carácter fundamental. Es por eso que desde el año 1948, la Carta Internacional Americana de Garantías, aprobó en Bogotá las garantías sociales donde se establecieron los principios de celeridad y especialización de la administración de justicia.

4.- LAS GARANTÍAS JUDICIALES

Las garantías judiciales sirven para proteger las declaraciones y enunciados antes señalados contra las anomalías e inconvenientes que impiden el cumplimiento de los propósitos que el orden nacional e internacional se han propuesto, dentro de las cuales se pueden citar:

a). La tutela judicial efectiva.

La tutela judicial efectiva, es un derecho fundamental por el que toda persona tiene la potestad de obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. La tutela tiene que ser efectiva, de lo contrario deja de ser tutela, tal como se sostiene en la Constitución española.

En el caso del Perú, nuestra Constitución, en su artículo 139, establece los principios y derechos de la función jurisdiccional y dentro de los cuales en el punto 3 se ordena que "ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto,

(4) Carnelutti Francesco, Derecho y Proceso, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1971, p. 23.

cualquiera sea su denominación". Es lo que la propia Constitución establece, bajo la denominación de "La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional".

Igualmente, el punto 5 se refiere a la exigencia de una motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias; el punto 6 tiene que ver con la pluralidad de instancias que permita corregir los errores judiciales; el punto 7 dispone la indemnización por los errores judiciales; el punto 8 señala el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley; el punto 10, el principio de no ser penado sin proceso judicial, o la prohibición de no ser condenado en ausencia tal como lo dispone el punto 12; la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada; el derecho a no ser privado de la defensa; el derecho a la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita por carencia de recursos, todos ellos también señalados en el citado artículo 139.

b).- Procesos sin dilaciones indebidas

En este punto es necesario precisar en qué consiste una "dilación indebida" de un proceso judicial que origina la mora judicial y por lo tanto es necesario evitarlo para que se pueda dar el debido proceso en todas las jurisdicciones, como puede ser la civil, penal, laboral, administrativa, etc. Por eso decimos que en los procesos no deben existir las "dilaciones indebidas" y en tal sentido constituye una garantía contra las dilaciones procesales.

El evitar las "dilaciones indebidas", significa hablar de los plazos razonables, determinados por la naturaleza del bien protegido y de los cuidados para su debida protección. Referirse a este tema implica hablar de conceptos indeterminados que el derecho no ha logrado perfilar. Por eso se trata de un tema abierto, que ha de ser dotado de un contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos y genéricos.

Es por eso que los Convenios y Tratados Internacionales, preocupados en que la justicia sea oportuna se preocupa de los plazos razonables, cuya duración emerja de la naturaleza de los bienes tutelados y no de la simple convención de los sujetos de los derechos. Todo acontecimiento o circunstancia que no se origine en dicha naturaleza, deberá considerarse como una "dilación indebida" que afecta los valores de lo justo y equitativo.

De ahí que acuerdos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, celebrado en Nueva York se preocupa de los procesos penales y sus dilaciones indebidas. De la misma manera el Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 se preocupa por que su Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) escuche en plazos razonables a sus justiciables. En el mismo sentido se han pronunciado el Tribunal Supremo (TS) y Tribunal Constitucional (TC) de España.

c).- Derecho a ser oído dentro de un plazo razonable

El derecho a ser oído dentro de un plazo razonable significa la existencia de un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, penal, fiscal o de cualquiera otra naturaleza. En otras palabras, se trata del derecho de defensa o el respeto al debido proceso. Es pues un derecho fundamental de una persona natural o jurídica o cualquier otro colectivo para defenderse ante un tribunal de justicia de los cargos que se le imputan, o para reclamar los mismos, con plenas garantías de la igualdad e independencia.

Su punto de partida se encuentra, no en un Tratado Internacional, sino en lo que se denomina la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada en la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948. Estos derechos están formalizados en los artículos 10° y 11° de dicha Declaración. El primero establece que "toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal"[(5)].

En materia penal, el art. 11°, garantiza el derecho a la defensa cuando sostiene que "toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. En el párrafo 2 del mismo artículo se puntualiza que "nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito".

Para algunos tratadistas estas son normas de derecho internacional consuetudinario y es el sustento de los derechos fundamentales de cada país. Así, por ejemplo, el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, dispone que "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.."

d).- Derecho a un recurso sencillo y rápido.

La doctrina ha elaborado algunas otras denominaciones para referirse a esta garantía, tales como acceso a la justicia, derecho a la jurisdicción, derecho a la protección judicial, derecho a peticionar. Se trata de un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes. Lo que se busca es evitar la presencia de obstáculos que impida acceder a la justicia.

(5) Peña Farfán Saúl, Constitución Política 1993, Lima, Cultural San Marcos, 1995, p. 526.

Para tratadistas como Ferrajoli[6], se trata de una garantía secundaria o jurisdiccional, en la medida que sólo declara obligaciones o prohibiciones subjetivas garantizadas, que corresponde al Poder Judicial; en cambio, la garantía primaria es sustancial. Es el derecho de toda persona de ser oída y peticionar ante las autoridades judiciales exigiendo respeto de otros derechos que considera afectados o en peligro y la obtención de una respuesta adecuada. Es decir, es la llave para proteger otros derechos o mecanismos institucionales del sistema jurídico.

Esto es lo que precisa el artículo 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, cuando señala que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido y a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Para ser efectiva esta garantía judicial, se requiere de un procedimiento sencillo, más si se trata de los derechos de uno de los sujetos de la relación jurídica que se encuentra en desventaja, frente al otro que tiene un mayor poder, como es el caso de las relaciones laborales, en las que el empleador, puesto en el platillo de una balanza, muestra una ventaja considerable frente al otro sujeto, que es el trabajador, al que le falta la misma fuerza y el mismo poder. La sencillez del recurso facilita no solamente el costo del proceso o el tiempo que dura el mismo, sino la posibilidad que el litigante débil entienda con facilidad cuáles son sus derechos y obligaciones sin necesidad de recurrir a explicaciones de terceros, lo que implica textos simples y sencillos[7].

Pero no sólo se requiere de un procedimiento sencillo, sino también que sea breve y rápido. Se dice que el procedimiento es breve cuando en el proceso se han abreviado los lapsos y se han simplificado las formas procesales, a pesar de tener la misma estructura de un juicio ordinario, suprimiéndose, por ejemplo, los espacios para deducir incidencias. El juicio breve se ha definido como una reducción y concentración de actos procesales para sustanciar y decidir asuntos de pequeña cuantía.

El procedimiento breve es aquel que, atendiendo a razones de la cuantía del conflicto de intereses planteados y remisiones de aplicabilidad que hacen leyes especiales, se dan una reducción de los términos procesales y de oportunidades para hacer valer los medios de accionar y excepciones de las partes, abreviando de esta manera el proceso ordinario o para las máximas garantías procesales. En el fondo se trata de una reducción de términos.

(6) Ferrajoli Luigi, Garantías Constitucionales, Revista Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, I N° 2, p. 39.

(7) Christian Courtis, Derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones Colectivas de Derechos Humanos, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional ISSN N° 5-2006, p. 40.

e).- Jurisdicción adecuada de justicia

Etimológicamente, jurisdicción deriva de dos voces latinas: *ius* que significa "derecho" y *dicere, "*decir", esto es, aplicar el derecho. Se trata pues de la *iurisdictio* o *iure dicendo*. Pero estas voces implican algo más que el simple "decir el derecho", pues ellas conllevan, principalmente, la potestad de ejecutar las resoluciones en las que declaran o dicen el derecho[8]. Para muchos tratadistas, estamos ante la potestad derivada de la soberanía del Estado de aplicar el Derecho en el caso concreto, resolviendo de modo definitivo e irrevocable una controversia que es ejercida, en forma exclusiva, por tribunales integrados por jueces autónomos e independientes.

Eduardo Couture[9], luego de analizar los conceptos de jurisdicción como ámbito territorial, como competencia, como poder, se queda con el concepto de la jurisdicción como función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada , eventualmente factibles de ejecución.

Según este tratadista, la jurisdicción no solamente es potestad; no se trata solamente de un conjunto de poderes o facultades sino también de un conjunto de deberes de los órganos del poder público. Normalmente los órganos jurisdiccionales forman parte del Poder Judicial, lo cual no impide que dichas funciones se les pueda asignar a otros órganos, en la medida que la justicia se emite en nombre de la Nación.

Uno de los fines del Estado consiste en dirimir conflictos y controversias. Sin esa función, como dice Couture, el Estado no se concibe como tal. Como ya dijimos anteriormente, privados los individuos de la facultad de hacerse justicia por sí mismos, el orden jurídico les ha investido del derecho de acción, es decir, la potestad de acudir ante la autoridad jurisdiccional, y al Estado el deber de resolver el conflicto. Es por eso que se dice que la autoridad de cosa juzgada se concibe como un medio de despejar la incertidumbre del derecho y la forma de hacerlo coactivamente en los casos de resistencia al cumplimiento.

Se piensa, erróneamente, que la jurisdicción está a cargo exclusivo del Poder Judicial, lo que no es exacto. Si partimos del principio de que la justicia se imparte a nombre de la Nación, no hay por qué decir que tal atribución es una exclusividad del Poder Judicial. La antigua concepción de los tres poderes del Estado como son el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, que modernamente nos legaron los franceses, ha sido superada por una concepción que sostiene que "la administración de justicia se imparte a nombre de la Nación" y no es solamente, una soberanía del Estado.

En la actualidad, impartir justicia es un requerimiento social, muy complejo y difícil de satisfacer. Los Estados modernos han mostrado serias limitaciones para cumplir tal

(8) Véase del autor, El Nuevo Proceso Laboral, Grijley, Lima 2012, p. 86.
(9) Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1978, pp. 28 a 45.

requerimiento y los Poderes Judiciales han colapsado en sus intentos para encontrar una solución satisfactoria. Partiendo de esa concepción de la exclusividad del Poder Judicial en la administración de justicia, se ha intentado modificar constantemente las leyes procesales, pensando que ahí estaba el problema, pero sin resultados positivos. En el caso de otros países se ha abandonado los procesos escritos para introducir la oralidad en el proceso y en la actualidad se viene implantando los expedientes virtuales.

También el Poder Judicial se ha preocupado por la formación y capacitación de los jueces. En tal sentido, desde hace décadas se han creado las escuelas para magistrados, para capacitarlos en su actividad de administrar justicia. También se han creado las academias de la magistratura y se han establecido los post-grados de maestría y doctorado en administración de justicia. Las designaciones de los magistrados dependen de organismos técnicos buscando una despolitización en los nombramientos de los jueces, a pesar de las pretensiones de fuerzas políticas que, directa o indirectamente buscan inmiscuirse en dichos órganos rectores para introducir a personajes que tienen tendencias políticas, en salvaguarda de sus intereses.

Por otra parte se aprecia el interés del Poder Judicial por desconcentrarse en su función, creando oficinas en aquellos lugares donde haya concentraciones de población que reclaman justicia. Los sistemas disciplinarios de los que trabajan para el Poder Judicial, no han sido suficientes, en la medida que no ha sido operativo y por lo tanto los controles no surten sus efectos. La mayoría de la población desaprueba el accionar del Poder Judicial.

Pero cuando hablamos de la jurisdicción adecuada, como una garantía judicial, nos referimos a que la administración de justicia debe ser eficaz. Lo que le interesa a la nación es que el Estado cumpla con esta función a cabalidad, ya sea a través del Poder Judicial o de cualquier otro medio. Lo que debe primar en una sociedad democrática, es la seguridad y el orden para sus miembros y no una situación caótica y sin orden. Estos fines se pueden logar adecuando el Poder Judicial a los requerimientos y necesidades de la comunidad o estableciendo un nuevo sistema que haga posible, por otros medios, la satisfacción de los requerimientos conjuntamente con el Poder Judicial.

Hablando del Poder Judicial, este organismo, para un mejor servicio, a la comunidad, mediante la jurisdicción especializada ha creado los jueces especializados, tales como la jurisdicción común u ordinaria, la jurisdicción penal, laboral, constitucional, contencioso-administrativo, familia, agrario, etc. Saliendo del ámbito del Poder Judicial, existen las jurisdicciones independientes, como el Militar, arbitral, electoral, que la propia constitución y su legislación correspondiente lo consideran. De manera, que todas las actividades sociales queden cubiertas y de esa manera, cerrar el circuito.

5.- LOS PROBLEMAS DEL PODER JUDICIAL

El Poder Judicial es el organismo con un mayor radio de acción. En la práctica es la jurisdicción con más amplia competencia para resolver los conflictos de la comunidad peruana. De manera que las jurisdicciones independientes del Poder Judicial, es una

excepción. Por esta razón, en adelante, nuestra observación a los viejos problemas que agobian al Poder Judicial, merecerán nuestra atención.

En este tema debemos referirnos a la estructura del Poder Judicial y sus recursos y necesidades, que en muchos casos aparecen problemas subjetivos que tienen que ver con el comportamiento de los magistrados, de los profesionales y personal administrativo, que le da una imagen al Poder Judicial; es decir, nos estamos refiriendo a lo que en los actuales tiempos se denomina la corrupción de los órganos jurisdiccionales.

En cuanto a la estructura del Poder Judicial, los problemas son globales, en la medida que están escalonados unos después de otros. De manera que la solución requiere encontrar el primer inconveniente que como consecuencia, va generando nuevos problemas. La lógica nos dice que una solución del mismo, puede hacer desaparecer a los subsiguientes. Así, por ejemplo, si el problema de la idoneidad del equipo de magistrados no es adecuado, no se podrá solucionar los problemas de demora en los procesos, y demás inconvenientes que se produzcan en la administración de justicia. Este enfoque de solución no aparece en las memorias de sus Presidentes ni en los discursos pronunciados cuando asumen sus cargos. Dichos altos funcionarios suelen señalar los problemas a resolverse, pero no precisan como solucionarlos. Cinco puntos o problemas son los que se señalan y son los siguientes:

La provisionalidad de los jueces que administran justicia, la carga y descarga de los casos judiciales, la demora en los procesos, el presupuesto del Poder Judicial y las sanciones a los jueces que incumplen sus obligaciones, pero hay otros problemas sobre los cuales se guarda un absoluto silencio, tales como la designación de los magistrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, la capacitación integral de los Magistrados y un tema que envuelve como un manto al comportamiento ético de los magistrados; para hablar con claridad, nos estamos refiriendo a la corrupción en la administración de la justicia.

a).- La Insuficiencia Cuantitativa de los Jueces Titulares

Este es un aspecto que tiene que ver con la estructura orgánica del Poder Judicial. Según la Ley Orgánica de este Poder, los magistrados están organizadas de la siguiente forma: Jueces titulares, jueces provisionales y jueces suplentes. La pregunta que uno puede hacerse es por qué esta clasificación, que no tiene que ver con la carrera judicial, sino con una costumbre o vicio que no se condice con un requerimiento de la población. La solución consiste en que todo juez debe ser titular. La existencia del juez provisional y supernumerario se debe a que el Estado peruano no cumple satisfactoriamente su obligación de administrar justicia. Al satisfacerse este inconveniente, los demás que subyacen, podrían quedar también solucionados

b).- Los Jueces y Magistrados Titulares.

Estos jueces ingresan al Poder Judicial para desempeñar un cargo específico y son nombrados, por el Estado, cumpliendo los requisitos establecidos en la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, para administrar justicia en determinada instancia. Los derechos y obligaciones de los jueces titulares, están fijados en la normatividad correspondiente. Son designados por el Consejo Nacional de la Magistratura para hacer la carrera judicial y los niveles son los juzgados de Paz Letrados, los Juzgados de Paz especializados, los Juzgados especializados, los Vocales Superiores y los Vocales Supremos, siempre que en cada caso reúnan los requisitos establecidos por el ordenamiento legal. En el Perú existen 2912 jueces, de los cuales, 40 son Vocales Supremos, 552 son Vocales Superiores, 1523 son jueces especializados y 797 Juzgados de Paz Letrados.

En resumen, el 58% de los jueces son titulares, el 13% son provisionales y el 29% son supernumerarios o suplentes.

c).- Juzgados y Magistrados Provisionales.

Los juzgados o jueces provisionales, al igual que los jueces titulares, desempeñan funciones iguales. Ambos administran justicia. Hay salas de las Cortes Superiores y de la Corte Suprema que están integradas por una mescla de magistrados titulares y provisionales o el caso de salas que en su mayoría están constituidas por magistrados provisionales. En consecuencia, ambos administran justicia y por lo tanto, las dos clases deberían tener el mismo trato, lo que lamentablemente no sucede. Los jueces, y magistrados provisionales, no tendrían razón de ser si todos fueran titulares.

Lo que los diferencian son las formalidades que se dan en uno y otro caso; así por ejemplo, los jueces provisionales no son seleccionados, como tales, por el Consejo Nacional de la Magistratura, sino que el mismo Poder Judicial los designa recurriendo a su personal de carrera, pero en condiciones y con derechos menores a los que tienen los jueces titulares, sus remuneraciones son inferiores a las que perciben los magistrados titulares, siguen conservando la jerarquía y el rango del cargo con el que son trasladados a ser provisionales, tal como lo señala la Ley 30125.

La jerarquía de sus cargos, son como sigue: Vocales Supremos Provisionales, Vocales Superiores Provisionales, Jueces Especializados Provisionales o Mixtos Provisionales, Jueces de Paz Letrados Provisionales o Jueces de Paz Letrados Especializados Provisionales.

La provisionalidad no debía existir; puede deberse a la vacancia de un magistrado titular, a la licencia de algún magistrado, al impedimento que tengan los jueces. Si bien estas pueden ser las razones, pero las causas de la provisionalidad puede estar en la carencia de magistrados titulares, la carencia de disponibilidad presupuestal, la desaprobación de candidatos que postulan para ser jueces titulares, el poco interés por la carrera de la magistratura, etc.

Estas diferencias, de alguna manera, afecta la administración de justicia, en la medida que hay un trato y consideración injustos, a pesar que el trabajo que realiza

un juez provisional y un juez titular es el mismo. Por otra parte, afecta la seguridad y estabilidad que tiene un magistrado titular; desmotiva al provisional. Sobre todo, afecta la independencia que es fundamental en la administración de justicia.

El Estado peruano, ha hecho muy poco para resolver este problema de la provisionalidad, lo que se puede apreciar en los siguientes datos que aparecen en los planes y memorias de los Presidentes del Poder Judicial. En tal sentido, se afirma que el 42% del total de magistrados, son provisionales, lo que significa que de cada 100 jueces, solo 58 son titulares y 42 son provisionales. Esta situación se agrava en la Corte Suprema, donde la provisionalidad asciende a un 55% lo que significa que más de la mitad son provisionales y que en la práctica son llamados, para cumplir las funciones, los Vocales de las Cortes Superiores, con la categoría de Vocales Supremos Provisionales.

d).- Los Jueces y Magistrados Suplentes.

Los jueces suplentes a quienes en el Poder Judicial se les denomina "supernumerario", son nombrados directamente por los Presidentes de las Cortes Superiores, que puede ser cualquier Abogado que reúna los requisitos exigidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial, para que desempeñen la función de administrar justicia, en ausencia de Vocal o Juez titular o provisional. Se trata pues de profesionales que no están en la carrera judicial, pero que sus servicios son indispensables. Una gran cantidad de jueces suplentes existen en las diferentes provincias del país, en algunos casos deben ser bien venidos, por el rol que cumplen, dada la carencia de magistrados titulares o provisionales, aunque en otras circunstancias, se utiliza esa función para defender intereses creados extraños a la justicia[10].

e).- La Demora de los Procesos Judiciales.

Como consecuencia de las deficiencias en el órgano operativo del Poder judicial, al no contar con los jueces necesarios para poder absolver los requerimientos de la población, al que nos hemos referido en el punto anterior y que tiene que ver con una falta de solución, por parte del Estado peruano, surge un nuevo problema que impide una justicia rápida y eficaz, que tiene que ver con la demora de los procesos judiciales que origina el incremento de la cantidad de expedientes que se tramitan anualmente. Lo normal sería que al vencer el año no exista un exceso sin tramitarse, pero lamentablemente no es así, porque hay un sobrante que se va acumulando año tras año, lo que genera la congestión de la cantidad de expedientes que se torna inmanejable.

Veamos lo que sucede, según el informe del propio Poder Judicial y que ha sido publicado por la Gaceta Jurídica a fines del año 2015: Cada año se inician más de tres millones de expedientes, exactamente tres millones cuarenta y seis mil doscientos

(10) Los datos estadísticos antes citados han sido obtenidos de la Revista Gaceta Jurídica dirigida por Walter Gutiérrez que aparecen en su informe "La justicia en el Perú ", publicada en Lima, el año 2015.

noventa y dos (3046,292). De este total, novecientos mil ochocientos ochenta y siete (900,887) están en ejecución y dos millones ciento cuarentaicinco mil cuatrocientos cinco (2145,405) se encuentra en trámite, quedando un saldo de años anteriores de un millón seiscientos sesenta y nueve mil trecientos (1669,300), a todo lo cual hay que añadir los expedientes nuevos que asciende a un millón trecientos setenta y siete mil novecientos noventa y dos (1377,992), haciendo presente que cada año se produce un incremento de doscientos mil expedientes.

Los procesos civiles demoran en promedio cuatro (4) años más de lo previsto en las normas procesales, sin contar la etapa de ejecución del fallo. De igual manera, el proceso penal de violación sexual o robo agravado, los cuales duran 42 y 43 meses más de lo previsto en el Código de Procedimientos Penales. Si hablamos de los diferentes procedimientos, para citar solo algunos ejemplos, mientras las leyes procesales señalan un plazo de dos días para calificar la demanda, los jueces utilizan plazos que no bajan de un mes. Para citar otro ejemplo, lo más desconcertante, según el informe, en cuanto a recursos humanos, es que en el Poder Judicial laboran 20,367 personas, de los cuales el 60% son auxiliares jurisdicciones y sólo el 40% efectúa la labor jurisdiccional.

Existen otras comprobaciones que nos permiten apreciar la gravedad del problema: En cuanto a expedientes civiles y penales, en los cuales se puede ver que rebasan todo tipo de previsiones, en la medida que demoran más de cuatro años y tres meses de lo previsto, esto es, 46 meses más de lo señalado en la norma. Igualmente, en los procesos de ejecución de garantías, duran 4 años y 6 meses, el plazo legal es de 5 meses, es decir, 46 meses más que el plazo legal. En los procesos de habeas corpus, que de acuerdo a ley debe demorar un mes y medio, en realidad, dura un año y ocho meses, esto es, 18 m3ses y medio de demora. En los procesos de corrupción de funcionarios, cuya duración legal debe ser 10 meses, en realidad dura 4 años 6 meses, es decir, la demora es de 44 meses más. l. La ocupación precaria que de acuerdo a ley debe resolverse en 5 meses, en la práctica dura, 4 años 3 meses, lo que significa, 46 meses más. En los delitos de robo agravado, de acuerdo al Código su duración debe ser de 7 meses, cuando en la práctica requiere 4 años 2 meses, con una demora de 43 meses.

f).- El presupuesto del Poder Judicial.

El 28 de agosto del año 2016, el Presidente del Poder Judicial, doctor Víctor Tocona Postigo, presentó el proyecto de presupuesto institucional ante el Ministerio de Economía y Finanzas para el ejercicio fiscal del año 2017, el mismo que ascendía a la cantidad de tres mil 106 millones, destinado a optimizar el servicio de justicia y cumplir con las exigencias de la población, pero sólo se le asignó la cantidad de dos mil 56.4 millones, es decir se le otorgó una cantidad menor a la solicitada. Una respuesta de esta magnitud originó que el 25 enero del año 2017, el nuevo Presidente del Poder Judicial, doctor Douberl Rodríguez solicitara un adicional presupuestal para dicho año de ocho millones de soles para financiar el sistema de anticorrupción del Poder Judicial

No obstante la autoridad judicial expresó que la cantidad presupuestal solicitada serviría para financiar el mejoramiento del acceso a la justicia, lucha contra la corrupción, y eficiencia y modernidad institucional. Es decir, en la fundamentación no hace ninguna referencia ni se precisa el financiamiento de la cobertura de plazas vacantes de juzgados y vocalías que atenuaría la morosidad de la administración de justicia y ayudaría a combatir la corrupción, si se lograra que la totalidad de los jueces fueran titulares. El otro aspecto que se piensa es que los gastos de financiamiento que se solicitan en los proyectos de presupuesto no son reales, sino excesivos y por eso resulta fácil recortarlos. De esa manera las metas son incumplidas con graves consecuencias para la población.

Por otra parte el Poder Judicial no cuenta con un plan de solución de los problemas que se señalan en los diagnósticos que son abundantes. El mérito de un programa de solución de problemas no sólo consiste en hablar de los inconvenientes, sino que debe estar ligado a las soluciones que son necesarias para su superación. Lo anteriormente expuesto expresa que los recursos económicos asignados, escasamente sirven para mantener a este enfermo que es el Poder Judicial, en su estado delicado de salud, pero que está muy lejos de superar la situación delicada en que se encuentra.

Si repasamos los problemas que tiene en la actualidad el órgano jurisdiccional, encontraremos que su solución requiere de medios económicos, por lo tanto se necesita urgentemente un presupuesto económico. Cuando el Estado se niega a atender esa necesidad, parecería que no tiene la voluntad de erradicar los cinco grandes problemas que acechan al Poder Judicial y que son los ya enunciados como: la carga y descarga del Poder Judicial, la provisionalidad de los jueces, la demora de los procesos judiciales, la elaboración de un presupuesto adecuado que permita superar los problemas y el sistema sancionador de las autoridades que tienen que ver con la administración de justicia.

g).- El control y las sanciones de las autoridades judiciales en el Perú

De conformidad con el artículo 102 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) tiene a su cargo la función de investigar regularmente la conducta funcional, la idoneidad y el desempeño de los Magistrados y auxiliares jurisdiccionales del Poder Judicial. Como muy bien dice este dispositivo, esta facultad no excluye, la evaluación permanente que deben ejercer los órganos jurisdiccionales al conocer de los procesos en grado. Por lo tanto, hay dos vías de control, una a cargo de la OCMA y la otra que corresponde a la competencia funcional.

La OCMA, está dirigida por un Vocal de la Corte Suprema, designado por la Sala Plena de dicha Corte, conforme lo dispone el artículo 80, inc.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Está Entidad, además la integran Vocales Superiores y Jueces Especializados o mixtos, a dedicación exclusiva, cuyo número es determinado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, quien los nombra por un plazo improrrogable de tres años. La sede central de la OCMA, se encuentra en la ciudad de Lima, pero su competencia abarca todo el territorio de la República. Además, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

puede crear Oficinas descentralizadas de Control de la Magistratura, que abarcan una o más Distritos Judiciales, fijando su ámbito de competencia así como sus facultades de sanción. (Art. 104 de la LOPJ).

Dentro de las funciones señalemos algunas que aparecen en el artículo 105 de la LOPJ y que consideramos fundamentales, tales como:

1. Verificar que los Magistrados y auxiliares jurisdiccionales del Poder Judicial, cumplan las normas legales y administrativas de su competencia, así como las que dicta la Sala Plena de la Corte Suprema y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.
2. Realizar de oficio, por mandato de la Sala Plena de la Corte Suprema, del Consejo Ejecutivo o del Presidente de la Corte Suprema, inspecciones e investigaciones en la Corte Suprema, Cortes Superiores, Salas, Juzgados Especializados y Mixtos, oficinas de los auxiliares jurisdiccionales.

3.- Procesar las quejas de hecho y las reclamaciones contra los Magistrados y auxiliares jurisdiccionales.

4.- Informar al Consejo Ejecutivo y al Presidente de la Corte Suprema sobre todas las infracciones que detecte, dentro de los 30 días siguientes.

5.- Verificar el cumplimiento de las medidas disciplinarias que se hubieran dictado.

6.- Poner en conocimiento del Fiscal de la Nación los casos de conducta indebida y las irregularidades procesales en que incurren los representantes del Ministerio Público, para los fines de ley.

7.- Recibir y procesar las denuncias que formulen los representantes del Ministerio Público, sobre la conducta funcional de los Magistrados y auxiliares jurisdiccionales, a través de los organismos de control del Ministerio Público.

h).- El tema de la corrupción.

La corrupción es un tema generalizado en toda la administración pública. Existe, no solamente en el Poder Judicial, sino en los tres ámbitos como son las entidades administrativas, la administración de justicia, y en la función legislativa. Esto implica, el alejamiento de principios y valores, de la propia población a lo que ha contribuido la deficiente educación. Los partidos políticos, cuyos líderes han dejado de cumplir su misión para ingresar en la corrupción engañando a la propia población. La corrupción es un manto que oscurece y hace poco creíble el futuro de las comunidades.

Es por eso que el sistema judicial peruano es percibido como una de las instituciones más corruptas e ineficientes en el Perú. Esta situación preocupa a la comunidad peruana que es un país subdesarrollado y que necesita de instituciones sólidas que hagan sostenibles su crecimiento en el largo plazo

La corrupción e ineficacia se suele atribuir al Poder Judicial, pero también comprende, en los casaos penales, a la Policía Nacional del Perú, fiscales del Ministerio Público, así como a los abogados litigantes, las procuradurías del Estado.

Existen países como México en donde se han dictado Códigos Modelos de Ética Judicial para impartidores de Justicia de los Estados de México, el mismo que señala que los fines de la administración de justicia, debe fomentar la cultura de la prevención y abatimiento de la corrupción, con el propósito de generar certidumbre en la sociedad, respecto a la objetividad e imparcialidad de sus resoluciones y cambio de actitud en los servidores judiciales (Art. 6°)

Todos los esfuerzos enunciados en la legislación anteriormente expuesta, no han servido para atacar el flagelo de la mora judicial. Hay un factor claro y visible en la administración de justicia que es la corrupción, no sólo de los jueces sino de los servidores públicos que trabajan en las labores complementarias. Nada avanza en el proceso, si el justiciable no abona el soborno correspondiente. Los conserjes, los notificadores, las secretarias, los administrativos, los abogados adjuntos, los jueces, los vocales, de todo nivel, saben cómo sacarle su dinero a los justiciables.

Los procedimientos que se utilizan para el cobro van desde los más sutiles hasta los más descarados. La corrupción es tal, que los involucrados en tales actividades tienen la frescura de otorgar recibos y el justiciable agraviado puede pagar en cuotas, dejando constancia que lo que se entrega es a cuenta de una mayor cantidad. No son pocos los casos en que los propios magistrados acuden a las oficinas o domicilio de los agraviados para cobrar el monto de los sobornos.

Parecería que el problema de la corrupción está institucionalizado, contaminada como para afirmar que el Poder Judicial ha llegado a su fin en su función de administrar justicia y que las diferentes Naciones deben hacer un replanteamiento en este tema, de manera que el Poder Judicial no tenga esa exclusividad de cumplir tal tarea. Hay que buscar otro tipo de opciones, si se tiene en cuenta la importancia que tiene la justicia en una comunidad. No podemos olvidar que una Nación, cuando pierde su fe en la justicia, lo ha perdido su última posibilidad y se abre el camino para volver a tiempos pasados, donde la gente tiene que buscar el medio de la venganza como solución.

A continuación vamos a ver los propósitos e intentos que se viene buscando en las diversas comunidades para evitar la mora judicial o las dilaciones indebidas en los procesos y la negativa de la justicia.

6.- MODELOS PROCESALES NO CONOCIDOS EN EL PERÚ.

a).- El Procedimiento Monitorio.

Este procedimiento parte de un aviso o advertencia que busca evitar juicios innecesarios cuando de los antecedentes acompañados por el reclamante que carece de un título ejecutivo, se derivan con claridad la existencia de una deuda y que por lo tanto difícilmente existirá oposición del deudor. Es decir, es un procedimiento que no es

ejecutivo ni declarativo aunque participa de uno y de otro, tendiente a la creación de un título ejecutivo[11].

El procedimiento monitorio es muy flexible, ya que puede iniciarse aportando cualquier documento que acredite la relación entre las partes trasladando al deudor la carga de oponerse si no reconoce la existencia de la deuda, lo que dará lugar a un procedimiento posterior a fin de que el Juez decida, a la vista de las pruebas aportadas, qué parte tiene razón. En todo caso, es importante tener en cuenta que la solicitud inicial va a condicionar el procedimiento posterior si el deudor se opone, por lo que resulta aconsejable indicar con la mayor precisión posible el origen de la deuda y los motivos de la reclamación presentada.

Lo que se logra con el proceso monitorio es la rapidez o celeridad procesal y cuyo objetivo es obtener un título ejecutivo y la técnica de la inversión del contradictorio, dejando a la iniciativa del demandado la decisión de activar la etapa de contradicción[12].

El proceso monitorio se establece en Europa en el siglo XIII. En la Unión Europea la Directiva 35/2000 se preocupó por el establecimiento de un proceso ejecutivo. Como sostiene Pereira, el denominado "Libro verde" de la Unión Europea se refiere al proceso monitorio. Actualmente, 11 Estados miembros como son Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo, Portugal, España, Suecia, disponen de dicho proceso en la legislación civil. En tanto que en América Latina, sólo disponen de dicho procedimiento países como Argentina, Brasil, Uruguay y Chile.

b).- Los modelos españoles.

La legislación española a partir de la Constitución vigente establece que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de sus derechos ante los tribunales. (Artículo 24.1), así como el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para salvaguardar dichos derechos de los ciudadanos es necesaria la modernización de la Administración de Justicia, campo esencial para consolidar el Estado de Derecho y mejorar la calidad de su democracia. En este contexto de modernización, uno de los elementos de mayor relevancia es, precisamente, la incorporación en las oficinas judiciales de las nuevas tecnologías.

Para el efecto, se ha dictado la Ley correspondiente[13] que regula el uso de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia. Los principales objetivos de esta norma, son: primero, actualizar el contenido del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, gracias a la agilización que permite el uso de las tecnologías en las comunicaciones; segundo, generalizar el uso de las nuevas tecnologías para los

(11) Bernal, Karina, Justicia Laboral, Retos y Reflexiones, Procuraduría, Asesoramiento y Arreglo mediante Conciliación.
(12) Bernal Karina, justicia Laboral, Retos y Reflexiones, Asesoramiento y Arreglo mediante conciliación.
(13) Puede verse el texto de la Ley 18/2011 del 5 de julio y vigente desde el 7 de julio del 2011 y que regula el uso de las tecnologías de la información y comunicación en la administración pública.

profesionales de la justicia; tercero, definir en una norma con rango de ley el conjunto de requisitos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad necesarios en el desarrollo de los diferentes aplicativos utilizados por los actores del mundo judicial, a fin de garantizar la seguridad en la transmisión de los datos y cuantas otras exigencias se contengan en las leyes procesales.

Esta Ley tiene sus antecedentes en la Ley Orgánica 16/1994 del 8 de noviembre, que introdujo la posibilidad de utilizar medios técnicos, electrónicos e informáticos para el desarrollo de la actividad y el ejercicio de las funciones de juzgados y tribunales.

Igualmente, podemos citar la Ley 15/2003 del 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de la carrera judicial, consagrando el objetivo general de transparencia, proclamado en la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la justicia, creando un instrumento técnico de transparencia judicial.

El tema de la justicia se ubica en el tiempo presente y no puede quedar como un rezago del pasado, criterio que ha tenido en cuenta la legislación española. Es por eso que el año 2007 se dicta la Ley 11/2007 que regula el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, derecho a comunicarse electrónicamente con la administración Pública.

Por su parte la Unión Europea ha desarrollado el Plan de Acción E-Justicia que busca mejorar la eficacia de los sistemas judiciales, mediante la aplicación de tecnologías de información y comunicación en la gestión de los procesos judiciales. Como se puede apreciar se trata de establecer el expediente virtual para atacar la morosidad de los procesos judiciales y que es un pretexto que abre camino hacia la corrupción.

- **El proceso monitorio en España**.

El proceso monitorio está basado en un procedimiento especial que tiene por objeto la resolución rápida de conflictos jurídicos en los que no existe contradicción. Es un procedimiento rápido y sencillo cuya finalidad es conceder cuanto antes al demandante un título ejecutivo en aquellos juicios en los que el demandado no se opone formalmente a la demanda. Nació para combatir los problemas de impagados que se producen en un elevado porcentaje de transacciones comerciales.

Resulta especialmente útil para los pequeños y medianos empresarios, así como para todos los profesionales que necesitan disponer de un mecanismo rápido y sencillo para el cobro de sus deudas. Asimismo, resulta muy práctico para el cobro a los propietarios morosos de sus deudas con la comunidad de que forman parte. Una ventaja añadida de este tipo de procedimiento es que la petición inicial que se dirige al Juzgado no requiere la intervención de abogado ni procurador, lo que redunda en un ahorro de costes para el acreedor.[14]

(14) Noticias Jurídicas "artículo 814.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español 1/2000 del 7 de enero

El proceso monitorio español es documental, es decir, se deben aportar documentos que prueben la deuda. En cambio, el proceso monitorio europeo no es documental, ya que basta con que el demandante afirme que la deuda existe. El reglamento europeo 1896/2006 dice, literalmente, que hay que aportar «una *descripción* de los medios de prueba que acrediten[15].

El Procedimiento Monitorio es un procedimiento judicial creado por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 para la reclamación de deudas sin límite de cuantía, que se presenta como un instrumento rápido, sencillo y eficaz que comporta altos porcentajes de éxito en la gestión de cobro.

Con una documentación básica que acredite la deuda (facturas, contratos etc.), se podrá presentar en el Juzgado correspondiente al del domicilio del deudor la petición inicial de pago frente al acreedor. Admitida por el Juez la petición inicial de pago acompañada de la documentación acreditativa de la deuda, éste requerirá al deudor para que en 20 días pague o dé razones de su impago. Si en dicho plazo el deudor no contesta o procede al pago del importe reclamado, el Juez dictará Auto declarando finalizado y archivado el Procedimiento Monitorio. Este Auto lleva aparejado despacho de ejecución, por lo que en caso de no haberse formalizado el pago, podrá instarse ante el mismo juzgado que lo dictó la ejecución forzosa frente a sus bienes, presentes y futuros.

Si el deudor se opone por no considerar existente la deuda, el Juez procederá al archivo de los autos de procedimiento monitorio y mandará que se continúe el trámite por el proceso declarativo correspondiente, verbal u ordinario, en función de su importe.

Interpuesta la reclamación judicial, el deudor puede allanarse y pagar en cualquier momento del Procedimiento Monitorio, directamente al acreedor o consignando total o parcialmente el importe reclamado en una cuenta del juzgado habilitada a efecto, pudiendo continuarse la reclamación, y en su caso la ejecución por la cantidad que reste pendiente de satisfacción.

- **El sistema LexNET.**

El sistema Lex Net, es una plataforma de intercambio seguro de información entre los órganos judiciales y una gran diversidad de operadores jurídicos que, en su trabajo diario necesitan intercambiar documentos judiciales como notificaciones, escritos y demandas. Pueden acceder a esta plataforma los abogados, los colegios profesionales las fiscalías, los juzgados y otras entidades administrativas.

Pero como sostiene el ilustre Abogado Javier Cremades, no basta con medios tecnológicos, sino que la verdadera justicia se encuentra muy lejana de las necesidades sociales. No puede seguir la justicia siendo tan cara para el que no puede acceder y ese debe ser el interés de una correcta administración de justicia[16].

(15) Diario Oficial de la Unión Europea del 12 de diciembre de 2006.
(16) Cremades, Javier, Blog. Los retos de la administración de justicia española.

Este sistema, últimamente, ha entrado en crisis debido a la corrupción en sus operadores y ha sido dejado de lado la protección que le brindaba el Estado, lo que significa que requiere de los ajustes pertinentes.

c).- El Litigio Estratégico

A partir de las primeras décadas del siglo pasado han surgido ciertos litigios a los que se les denomina estratégicos, con los que se pretende alcanzar un objetivo más allá de la solución de la controversia que supone el propio litigio. Como dice Margarita Luna Ramos(17), se trata de una herramienta que busca impulsar una eficaz protección de los derechos humanos, promoviendo su plena exigibilidad y justiciabilidad mediante una actividad dirigida a la creación de una estrategia en el litigio que persigue incidir en la esfera pública sea mediante la modificación de la ley, la definición de la jurisprudencia, la adopción de políticas públicas o debatir el tema.

Son muchos los autores que consideran al litigio estratégico como una herramienta para que a partir de un caso común y corriente, es decir, una simple pretensión, una Litis cotidiana, puede convertirse en un caso ideal para transformar el Derecho; un tipo de litigio diseñado para alcanzar objetivos que rebasen el interés del cliente, en lo particular y a través del mismo promover, cambiar la ley o su aplicación de modo que tenga un impacto en la sociedad, dentro del margen que el sistema jurídico y el de participación de la justicia.

Así, por ejemplo, en los derechos humanos es un instrumento que han utilizado las víctimas, organizaciones de la sociedad civil, así como ciertos órganos del Estado como los Ministerios Públicos, Defensoría del Pueblo, para la protección de los derechos humanos a través del uso de los sistemas judiciales y mecanismos internacionales de protección durante los últimos treinta años.

Como sostiene Diego R. Morales(18) puede servir para promover derechos no garantizados por deficiencias o porque la protección efectiva sólo se activa a partir de los reclamos de los grupos. Igualmente se puede utilizar para controvertir políticas públicas que contradicen estándares internacionales sea porque el contenido o forma de implementación afectan derechos humanos.

Como conclusión, podemos afirmar que el litigio estratégico es una acción de proyección social, pero no toda acción de proyección social es litigio estratégico. El litigio estratégico o derecho de interés público, lo que deja de lado a los grupos de movilidad social.

(17) Luna Ramos, Margarita, El litigio estratégico, El Universal, 19 de abril del 2016.
(18) Morales, Diego R, Que es el litigio estratégico? En Derechos Humanos, 7 de Julio del 2010.

d).- El litigio de Alto Impacto.

La estrategia de litigio de alto impacto es un proceso de intervención social complejo y dinámico que desde la interacción de disciplinas como el trabajo social, la psicología, el derecho, la ciencia política, la comunicación, la educación, entre otras, se constituye en una herramienta a través de la cual las comunidades acompañadas por grupos de diferente índole (universitarios, de la sociedad civil, comunitarios y colectivos), pretenden un cambio en sus situaciones actuales que consideran problemáticas y para tales efectos, diseñan, proyectan y ejecutan acciones tendientes a motivar ese cambio desde un grupo importante y considerable de áreas de conocimiento y sobre varios niveles sociales y de la opinión pública(19).

Sus orígenes se encuentran en el litigio de alto impacto que se define como "la estrategia de seleccionar y promover el litigio de ciertos casos que permitan lograr un efecto significativo de las políticas públicas, la legislación y la sociedad civil de un Estado o región. Al mismo tiempo, el litigio de impacto promueve el imperio del derecho, provee las bases para futuros casos, facilita la documentación de violaciones de derechos humanos, promueve la rendición de cuentas por parte del gobierno y contribuye a la educación y conciencia social.

Suele suceder que la problemática social nace de una deficiencia o de un vacío de Estado, sea porque éste no cumple, o lo hace defectuosamente, con las funciones que constitucionalmente se le han asignado. En razón a esto, la estrategia de litigio de alto impacto necesita un componente jurídico a través del cual la comunidad se organice, capacite y ejecute acciones judiciales y administrativas para ser valer sus derechos vulnerados.

El componente jurídico se justifica en la medida que de una vulneración de derechos o una amenaza latente de afectación a los mismos, en particular pueda hacerse responsable al Estado, a algunas de sus agencias o en su defecto a un particular que ostente funciones públicas. Lo jurídico es específicamente lo judicial(20)

7.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Semanario "Hildebrandt en sus Trece" del 13 de octubre de 2017.
2. Ferrater Mora, José, Diccionario de Filosofía, Tomo II, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1994.
3. Carnelutti, Francesco, Derecho y Proceso, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa América, 1971.
4. Peña Farfán, Saúl, Constitución Política 1993, Lima, Cultural San Marcos, 1995.

(19) Correa Montoya, Lucas, Estrategia de Litigio de Alto Impacto: Elementos básicos para su diseño de implementación, Manizales Colombia, Julio – Diciembre del 2007.
(20) Ibídem.

5. Ferrajoli, Luigi, Garantías Constitucionales, Revista Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires.
6. Courtis Christians, Derecho a un recurso rápido, sencillo y afectivo, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, 2006.
7. Romero Montes, Francisco Javier, Nuevo Derecho Procesal Laboral, Grijley, Lima 2012.
8. Couture, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1978.
9. Revista Gaceta Jurídica, "La justicia en el Perú", Lima, 2015.
10. Bernal, Karina, Justicia Laboral, retos y reflexiones
11. Ley 18/2011 del 5 de julio del 2011 (España)
12. Noticias Jurídicas, artículo 814.2 de la Ley de enjuiciamiento Civil Española del 7 de enero.
13. Diario Oficial de la Unión Europea del 12 de diciembre del 2006.
14. Cremades, Javier, Los retos de la administración de justicia española
15. Luna Ramos, Margarita, El litigio estratégico, El Universal, 19 de abril del 2006.
16. Morales, Diego R. "¿Qué es el litigio estratégico?, Derechos Humanos, 7 de julio del 2010.
17. Correa Montoya, Lucas, Estrategia del litigio de alto impacto, Manizales Colombia, julio- diciembre del 2007.

APLICACIÓN DE LA LEY PROCESAL DEL TRABAJO EN VENEZUELA:

AVANCES A MAS DE UNA DÉCADA

Francisco Javier Marín Boscán[1]
(Venezuela)

INTRODUCCIÓN

A pesar de la seria situación política, económica y social que se vive en Venezuela, algo importante que el país puede mostrar con orgullo al mundo laboral, es el resultado de la aplicación de su Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT)[2].

La LOPT tuvo definido sus presupuestos básicos en la Constitución Nacional (CN, 1999), para regir la solución de los conflictos jurídicos ante los Tribunales del Trabajo(3). Este

(1) Profesor de La Universidad del Zulia (LUZ). Maracaibo-Venezuela.

(2) La LOPT fue aprobada el 13-08-2002, y previo una vacatio legis de un año. Su aplicación fue de manera progresiva, primero en algunos circuitos judiciales pilotos, para luego extenderse a todo el país. Conforme al Art. 194 LOPT los artículos 49, 178 y 179 (el primero sobre el litisconsorcio, y los otros dos, relacionados al nuevo recurso sobre control de legalidad) entraron en vigencia en la misma oportunidad de su publicación en la Gaceta Oficial, pero el resto del articulado al año siguiente (2003)

(3) Los conflictos económicos, incluyendo los asuntos sobre estabilidad, son atendidos mediante procedimientos ante órganos administrativos (las Inspectorías del Trabajo), conforme a la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT). Esta Ley fue decretada por Chávez en 2012.

instrumento atiende a la oralidad, la inmediación, la concentración, la celeridad y la publicidad entre los principios procesales fundamentales.

En este trabajo, abordaremos básicamente la importancia de la oralidad como principio fundamental de la LOPT, y su efecto para el desarrollo del procedimiento judicial con la inmediación y concentración necesaria.

Ha sido un tiempo considerable, más de una década de vigencia de la LOPT (desde 2003) y bajo esta orientación y con fines de considerar su aplicación, analizaremos lo siguiente:

1. LA ORALIDAD COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL EN LA LOPT

1.1. Generalidades

La oralidad constituye uno de los principios fundamentales de la reforma procesal en nuestro país. Es así como se implementó con la aplicación del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) y de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente (LOPNA). Y también es elemento preponderante del procedimiento previsto en la LOPT.

En todos los procesos, y en los laborales en particular, es conveniente la oralidad, ya que así los Jueces pueden obtener una impresión más viva del conflicto, sortear obstáculos con mayor facilidad y percibir con rapidez las falsedades para así definir lo más acorde a la realidad. De esta manera se eliminaría o según el caso, se reduce el papeleo y todo lo que no favorezca la celeridad necesaria.

1.2. Relación con los Principios de Inmediación y Concentración.

La oralidad se relaciona directamente con estos principios.

Chiovenda (1949, p.88), los considera, y al efecto señala:

> *"decir oralidad, es decir, concentración, y para que la oralidad sea eficaz y la inmediación rinda sus frutos, el debate debe ser concentrado o continuado, es decir, debe continuar durante todas las audiencias necesarias hasta su terminación, y la sentencia debe ser dictada inmediatamente después de él, para que lo útil de la observación no se pierda".*

La concentración procesal en la LOPT, se manifiesta en la necesidad de promover las pruebas en la audiencia preliminar (Art. 73), y la evacuación de éstas en la audiencia de juicio (Art. 152).

Con respecto al principio de inmediación, la finalidad es procurar un acercamiento permanente entre las partes, y entre éstas y el Juez, a través de los actos procesales, buscando la solución del conflicto. Implica que el Juez debe presidir todos los actos y practicar personalmente todas las pruebas. Está prevista en la LOPT cuando establece

sobre la posibilidad de promover a lo largo del proceso, la utilización de medios alternativos para la solución de los conflictos, la necesaria presencia del Juez en el debate y en la evacuación de las pruebas.

En la Ley aparecen previstas las siguientes actuaciones orales: a) la posibilidad que así sea presentada la demanda (Parágrafo Único Art. 123); b) la audiencia preliminar (Arts. 129 y 133); c) la audiencia de juicio (Art. 152); d) el interrogatorio de los testigos (Art. 153); e) el interrogatorio de las partes (Arts. 103); f) la decisión del Juez a través del despacho saneador, de todos los vicios procesales (Art. 138); g) las observaciones a las pruebas de la contraparte (Art. 155); g) la sentencia (Arts. 158, 165 y 174).

También se establece sobre actuaciones escritas, a saber: a) la demanda (Art. 123); b) la contestación de la demanda (Art. 135); c) la promoción de pruebas (Art. 74); d) el informe de peritos (Art. 97); e) la sentencia (Arts. 159, 165 y 174); f) la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios; g) la formalización del recurso de casación (Art. 171).

Aquí se evidencia una mixtura, no es completamente oral ni escrito, como generalmente se asume en todos los países.

1.3. El Proceso por Audiencias

Este Proceso por Audiencias comprende a las audiencias: preliminar y de juicio dentro del proceso, y es la manifestación evidente de la oralidad.

Véscovi (1984), plantea que el Proceso por Audiencias comprende "una fase de proposición escrita, una o dos audiencias orales (prueba y debate; a veces, inclusive la sentencia dictada al final de la última) y luego los recursos de apelación o casación, también escritos. (Y) Son, por lo tanto, mixtos"(p.59). En atención a lo anterior, el autor expone que los procesos que hoy se consideran orales, dada la mixtura referida, más correctamente deberían llamarse así, Procesos por Audiencias, "ya que en esta (trial) es donde se realiza la parte sustancial del juicio" (p.59).

La secuencia de audiencias procesales, es la manifestación fundamental de la oralidad, principio básico en el procedimiento laboral venezolano. Como fue referido, tales audiencias son:

a) la Audiencia Preliminar, como uno de los momentos fundamentales y estelares del juicio del trabajo, y su realización y conducción se materializa en la fase de sustanciación del proceso (Exposición de Motivos[4] LOPT). Si hay lugar a conciliación o arbitraje, es signo que la función mediadora del Juez ha sido exitosa, y no hay lugar a proseguir la contención;

(4) La Exposición de Motivos como indican sus términos, corresponde a los razonamientos que justifican al instrumento legal, y que generalmente los aporta el proyectista de la Ley. Según la trascendencia del instrumento, cuando se publica la Ley en la Gaceta Oficial, se antepone tal exposición.

b) la Audiencia de Juicio, que es el elemento central del proceso laboral y consiste en la realización oral del debate procesal entre las partes (Exposición de Motivos LOPT). Es en esta cuando se incorporan al proceso las pruebas, y tiene lugar la inmediación efectiva por parte del Juez, quien atendiendo a diversos grados de ésta se impone de los actos del proceso, y está en capacidad de decidir el conflicto en tiempo breve.

1.4. Oralidad y Tutela Judicial Efectiva

La oralidad como principio fundamental del proceso laboral, guarda relación directa con la tutela judicial efectiva, derecho fundamental de toda persona(5), con base al cual se debe garantizar el acceso a la justicia, con una respuesta oportuna y eficaz.

Garantizar la tutela judicial efectiva es muy importante, en especial por el carácter alimentario de los conceptos laborales, esto se puede alcanzar con la oralidad, siempre y cuando la justicia actúe de manera oportuna y con la debida imparcialidad, para que igualmente sea eficiente.

Con la reforma del procedimiento del trabajo, un hecho notorio fue la reducción significativa de la duración de los juicios, dadas las circunstancias: diseño de un procedimiento oral y breve, mejora en cuanto a infraestructura y aumento de número de órganos jurisdiccionales o Tribunales, el apoyo tecnológico, etc.

También debe destacarse la efectividad de la mediación, que superó la expectativa fijada inicialmente en 75% y pasó el 85%(6). Esto es algo muy positivo, siempre y cuando la transacción no haya significado renuncia de los trabajadores a sus derechos.

Aunque persisten serios problemas, relacionados con la falta de garantías para la independencia de los jueces, que deben acompañarse con el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho(7). El Estado de Derecho luce muy precario en el país, cuando no se garantiza la actuación autónoma de los poderes públicos, y por el contrario, la actuación del Presidente de la República prevalece sobre cada uno de ellos, tal como lo constata regularmente la OEA a nivel internacional, y PROVEA a nivel interno(8).

(5) Artículo 26 CN. Considerando en este caso a los sujetos en el trabajo (trabajadores y empleadores).
(6) La estimación corresponde a la Exposición de Motivos de la LOPT y la otra cifra, a informaciones del TSJ.
(7) Ver situación de Venezuela en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos siguientes: Garantías para Independencia de los Operadores de Justicia hacia el Fortalecimiento del Acceso a la Justicia y el Estado de Derecho (2013) e Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2015).
(8) Para este fin, igualmente son útiles los anteriores informes, y los rendidos por PROVEA en relación a la Situación de los Derechos Humanos en el país.

Por otro lado, hay una conflictividad permanente desde el punto de vista laboral[9], donde factores sociales como la escasez de alimentos, el alto costo de la vida e inflación elevada y los altos niveles de inseguridad, definen una constante zozobra en la población, de lo que no son ajenos los trabajadores.

A todo lo anterior, se suma que en Venezuela se presume las cifras oficiales no están acordes con la realidad en todos los aspectos, y en especial en materia social y económica, y por otro lado, la llamada opacidad que no es más que falta de transparencia, no permite conocer con claridad y de manera oportuna informaciones en ese sentido, por lo que necesariamente toca recurrir a las ONGs, que mediante observatorios y a partir de su maquinaria y herramientas, toman datos directos, y cuando existen cifras oficiales, las contrastan y observamos diferencias notables.

Por otra parte, destaca el retardo procesal con el régimen procesal transitorio, ya que a más de diez años de vigencia de la LOPT, no debería contarse con causas pendientes iniciadas bajo la Ley anterior, una opción inmediata, ha podido ser definir la constitución de Tribunales Accidentales para avocarse en concluir esos asuntos.

La justicia expedita es muy importante también, y debe estar al alcance de todo ciudadano, pero en este sentido la realidad en especial a nivel del TSJ, indica que "la velocidad a la que tú como venezolano obtendrás respuesta y el tipo de respuesta que obtengas dependerá de si tu solicitud favorece o no al poder" (Acceso a la Justicia, 2016, p. 2).

Todo lo anterior evidencia que hay avances en cuanto a la garantía de los derechos de los sujetos en el trabajo, con la vigencia de la LOPT, pero igualmente se atenta contra la tutela judicial efectiva, cuando se presentan situaciones como las antes descritas, cuando no hay la celeridad necesaria y tampoco se da muestra de transparencia, todo lo que debe orientar a la administración de justicia, comenzando por la provisión de los cargos de juez en todos los grados e instancias[10].

(9) Véase en este sentido los Informes del Observatorio Venezolano de Conflictividad Social, que desenmascaran esa paz social que pretende presentar el Gobierno. En estos reseña: "En julio continúan las protestas por alimentos 537 saqueos o intentos en los primeros 7 meses de 2016". En el informe sobre Situación de los Conflictos Laborales resaltan: "El OVCS contabilizó en 2015 un total de 1.910 protestas laborales, pero no está descartado un aumento de los conflictos este año, debido a las proyecciones inflacionarias y la paralización de actividades de algunos sectores por falta de materia para operar producto de la no liquidación de divisas".

(10) A este efecto, dejamos constancia de la irregularidad del procedimiento llevado a cabo por la Asamblea Nacional en diciembre de 2015, para proveer los cargos de Magistrados titulares y suplentes para distintas salas del TSJ, lo que ha sido constatado por PROVEA, el Observatorio Venezolano de la Justicia y en Informe Final de la Comisión Especial de la Asamblea Nacional para el Rescate de la Institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia (2016).

2. ORGANIZACIÓN JUDICIAL LABORAL

2.1. Jurisdicción Especializada[11]: Circuito Judicial Laboral y Tribunales con Sistema de Doble Instancia

La especialidad en la jurisdicción del trabajo, deviene de la Constitución (Disposición Transitoria Cuarta, Numeral 4) y la LOPT (Art. 13). Con base a esta LOPT (Art. 14) los Tribunales del Trabajo se clasifican de la manera siguiente:

a) Tribunales que conocen en Primera Instancia: en fases de sustanciación, mediación y ejecución unos, y otros en fase de juzgamiento, definiéndose como Tribunales de Sustanciación, Mediación y Ejecución y Tribunales de Juicio (Art. 17). Estos tribunales son unipersonales.

b) Tribunales que conocen en Segunda Instancia: los Juzgados Superiores. Estos pueden ser colegiados o unipersonales (Art. 19).[12]

c) El Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), en Sala de Casación Social.[13]

Según Resolución No. 2003-00017 (6 de agosto de 2003), se dispuso la creación en las Coordinaciones del Trabajo en los Circuitos Judiciales del Trabajo del país, de las Oficinas de Apoyo Judicial para asumir las labores centralizadas de gestión y soporte a la actividad jurisdiccional de los jueces, las cuales en atención a sus funciones se dividen en Oficinas de Apoyo Directo a la Actividad Jurisdiccional y Oficinas de Servicios Comunes Procesales.

Así queda descrita la estructuración de los Circuitos Judiciales del país.

2.2. Los Regímenes Procesales: Transitorio y Nuevo

El Régimen Procesal Transitorio previsto en la LOPT (Título IX, Capítulo II, Arts. 196 al 200), contempló el trámite a cumplir en los procesos judiciales en curso a la fecha de entrada en vigencia de la Ley[14]. El llamado "Régimen Procesal Nuevo" como es evidente, inició con la aplicación de esta Ley.

Debemos destacar que en los Circuitos Judiciales Laborales del país, aún se encuentran en trámite asuntos iniciados bajo la anterior ley (LOTPT), lo que ha implicado que algunos Tribunales de Juicio se desempeñen con asuntos correspondientes a ambos Regímenes Procesales (Transitorio y Nuevo). Transcurridos más de diez años,

(11) Si bien la CN y la LOPT refieren a la "jurisdicción especializada del trabajo", corresponde propiamente a los Tribunales con competencia en material del trabajo.
(12) En todo el territorio nacional la práctica es que los Juzgados Superiores del Trabajo son unipersonales.
(13) Esta Sala también comprende lo referente a las materias agraria y menores (sic) conforme Art. 262 CN y está conformada por 5 Magistrados (Art. 8 LOTSJ).
(14) Cabe considerar como fue señalado, que la vigencia fue acorde con el Art. 194 LOPT, y se desarrolló de manera progresiva transcurrido el año desde su promulgación.

esto evidencia un retardo procesal, que podría ser resuelto mediante la constitución de Tribunales Accidentales, máxime que son asuntos que ya pasaron la fase de sustanciación y mediación.

2.3. Automatización y Uso de las Tecnologías de Información y Comunicación

El JURIS 2000 es un Modelo Organizacional y Sistema Integral de Gestión, Decisión y Documentación, diseñado para los Tribunales de la República(15), para su mejoramiento y modernización. Este ha permitido el trámite de forma automatizada de los asuntos.

Por otro lado, hay un referente en la justicia penal, ya que dentro de los planes ejecutados por el Tribunal Supremo de Justicia para la celeridad procesal, está la implementación del Módulo de Agenda Única (2013), dentro de la plataforma tecnológica Sistema de Gestión Judicial Independencia. Consiste en un módulo que permite enlazar a los Tribunales Penales, el Ministerio Público, la Defensa Pública y al Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario; con fines de unificar agendas de los intervinientes. Este módulo que forma parte del Sistema Independencia, está basado en software libre, que apoya la gestión de tramitación administrativa del TSJ, con la creación, registro y distribución automatizada de los casos (TSJ, 2013).

En esa misma orientación, el TSJ dicto Resolución No. 2016-0021 (14 de diciembre de 2016), que contiene las "Normas de Adecuación Administrativa y Tecnológicas (sic) que Regularán los Copiadores de Sentencia, y los Libros de Registros que lleven los Tribunales de los Circuitos en las Sedes Judiciales y de las Copias Certificadas que estos expidan".

Lo considerado permite conocer y establecer, que a la normativa sobre el procedimiento ha sido significativo sumar el apoyo tecnológico, para que la tramitación de los asuntos se realice de manera oportuna, y así asegurar la celeridad necesaria. Esto sumado a la especialización de los operadores de justicia, especialmente de los jueces, así como el mejoramiento de la infraestructura, adecuada al procedimiento oral, ha contribuido al avance de la justicia, en este caso, la laboral.

3. APLICACIÓN DE LA LOPT: AVANCES Y LA REVISIÓN NECESARIA

En este sentido, anticiparemos a identificar y aportar ideas, en relación a la revisión que legalmente corresponde realizar a esta Ley, y sobre lo que hay mora,(16) al efecto consideraremos:

(15) Según Resolución del TSJ en Sala Plena No. 2003-00017 del 6 de agosto de 2003, en función del Convenio Nº 3514-VE, suscrito por la República de Venezuela con el Banco Mundial.

(16) En un lapso de cinco años (vencido en 2008), la Asamblea Nacional conjuntamente con la Sala de Casación Social del TSJ, estaba en la obligación de realizar una evaluación integral de los resultados y del texto de la LOPT (según Art. 207 misma ley).

Jaime define lo que llama "Inconvenientes del Proceso Laboral Venezolano", y manifiesta que el proceso laboral ha mostrado algunas imperfecciones que "en modo alguno pueden afectar la valoración altamente positiva que la mayoría de la doctrina nacional, así como los usuarios del sistema, hacen de ella" (Jaime, 2009, p. 5).

Al efecto agrega que algunas de las imperfecciones que se le pueden atribuir a la LOPT, han sido en parte corregidas por la Jurisprudencia de la propia Sala de Casación Social[17]. El autor hace referencia a algunas situaciones en particular, a saber: a) La unidad del Derecho Procesal y el celo exagerado por la especialidad del proceso laboral. b) Límites al principio "in dubio pro operario". c) El procedimiento Arbitral. d) Impugnación de informes administrativos. e) Tratamiento de las cuestiones previas.

Son situaciones que como bien señala el autor, han sido atendidas por el máximo Tribunal, y es importante sean consideradas para el momento de definir las bases de una posible reforma de la LOPT.

Por otra parte, resulta de interés analizar hasta qué punto es útil orientarse por la organización en Primera Instancia de los Tribunales de Protección que presenta la LOPNA (Art. 175), y plantear a los fines de la Justicia Laboral la organización siguiente:

a) Tribunal de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación del Trabajo.

b) Tribunal de Primera Instancia de Juicio y de Ejecución del Trabajo.

En todo caso, en la LOPNA consta que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura determinará en cada circuito judicial, según las necesidades del servicio, si la ejecución corresponde a los jueces de mediación o sustanciación, o a los jueces de juicio o, si es necesario crear jueces de ejecución.

Así mismo se podrá separar la competencia de mediación y de sustanciación, atribuyendo a jueces de primera instancia del respectivo circuito judicial, cada una de estas funciones (Segunda Parte Art. 175 LOPNA).

Resultaría así una estructura organizativa más lógica, y significaría que el mismo Juez que decide, ejecuta. En este caso, no sería necesario definir una potestad especial a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, salvo en cuanto a la opción de separar la competencia de mediación y de sustanciación, que probablemente haya sido de mayor utilidad frente a la existencia de los regímenes procesales transitorio y nuevo con base a la LOPT.

Finalmente es importante destacar, sobre un Nuevo Sistema Procesal Laboral en América Latina (Ciudad, 2013), con base al cual los distintos países de la región, están

(17) Jaime señala como ejemplo: lo relativo al excesivo rigor en la confesión ficta por incomparecencia de las partes a la audiencia preliminar o a alguna de sus prolongaciones. La mediación es previo a la sustanciación. Antes de aquello lo único que se hace es darle entrada a la causa, registrarla y fijar oportunidad para la audiencia preliminar, definiendo la comparecencia. La sustanciación responde más a la idea que no hay lugar a conciliación y arbitraje, y toca proseguir en juicio.

definiendo reformas en ese sentido, y algunos como Nicaragua, lo hizo con asesoría técnica de la OIT.[18]

En un estudio desarrollado por este organismo, la OIT (2011), el autor Ciudad identifica como principales problemas de la administración de justicia laboral(19), los siguientes: a) La mora judicial. b) Sistema de juicios eminentemente escritos y carentes de concentración e inmediación. c) Instancias y medios de impugnación. d) Ausencia de procedimientos monitorios para contiendas de menor cuantía. e) Carencia de modalidades especiales para la tutela de los derechos fundamentales en el trabajo. f) Falta de regulación de procesos de conflictos colectivos jurídicos. g) La conciliación previa como requisito de procedibilidad y carácter rutinario de la conciliación judicial.

Esta circunstancia está siendo atendida por los países de América Latina, a manera de adoptar el Nuevo Sistema Procesal Laboral, particularmente revisando la legislación. En este sentido, consta en la publicación OIT (2011):

> *"Costa Rica y Nicaragua se encuentran muy próximos a adoptar modernas normativas procesales laborales...El Salvador ha iniciado un proceso similar, al igual que Honduras, en tanto que en República Dominicana se está considerando hacer ajustes..., al igual que Panamá. Guatemala se encuentra así mismo..." (p. 4).*

En el tiempo, todos estos países han avanzado con aquello.

En Venezuela para contar con una legislación más cónsona a las necesidades del momento y acorde con esos lineamientos, corresponderá contemplar en la LOPT disposiciones relacionadas con los aspectos siguientes:

1) Procedimientos monitorios para contiendas de menor cuantía.
2) Modalidades especiales para la tutela de los derechos fundamentales en el trabajo y
3) Regulación de procesos de conflictos colectivos jurídicos.

Siguiendo a Ciudad (2013), haremos referencia general sobre tales aspectos, de la manera siguiente:

- Procedimientos monitorios: es esencialmente distinto de los procedimientos de única instancia y abreviados, se trata, en suma, de un tipo especial de procedimiento sumario.

(18) Como referencia del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Nicaragua (2012), destacamos que es catalogado como el primer Código Procesal de Trabajo de la subregión América Central, que se alinea en la tendencia de modernización y fortalecimiento de la administración de justicia laboral, como parte de la generación de condiciones de trabajo decente.

(19) El estudio es referido a la subregión de América Central, Panamá y República Dominicana.

Los aspectos distintivos y característicos del procedimiento monitorio son: "la rapidez o celeridad, el objetivo de obtener un título ejecutivo, y la técnica de la inversión del contradictorio, dejando a la iniciativa del demandado la decisión de activar la etapa de contradicción" (Ciudad, 2013, p. 26).

Este procedimiento es uno de los contenidos más relevantes de la reforma laboral procesal chilena y consta de dos fases: una administrativa, de carácter prejudicial, ante la Inspección del Trabajo, y otra judicial, ante el Tribunal competente. Las causas referidas al fuero maternal se tramitan sólo en sede judicial.

Bajo el procedimiento monitorio, si el juez estimare fundadas las pretensiones del demandante, las acogerá inmediatamente; en caso contrario las rechazará de plano

- Modalidades especiales de tutela de derechos fundamentales en el trabajo: en las experiencias latinoamericanas de reforma procesal Chile, Colombia, Costa Rica, Nicaragua, y Perú, han incluido diversas modalidades especiales para la tutela de los derechos fundamentales. El Salvador también incluye un procedimiento especial.

La Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT del año 1998, precisó los derechos fundamentales de los ciudadanos en el ámbito del trabajo(20).

En tal sentido, destaca Ciudad (2013) que "en un Estado democrático, los derechos fundamentales en el trabajo deben garantizarse con el máximo rango, con la máxima importancia, y con la máxima fuerza jurídica" (p.19). Por lo tanto, agrega el autor que para la tutela judicial de estos derechos no pueden aplicarse las reglas del proceso ordinario, sino que deben establecerse determinados elementos caracterizadores del proceso, a saber: carácter preferente y sumario; reglas simples y de celeridad acentuada; medidas cautelares que puedan implicar la suspensión inmediata del acto impugnado; inversión de la carga probatoria; ejecución de la sentencia goce de ejecutividad inmediata provisional desde que se dicta, cualquiera sea el sentido del fallo.

Estos criterios han sido reconocidos por la OIT en diversos instrumentos internacionales en los que insta a los gobiernos a garantizar los derechos fundamentales a través de mecanismos que otorguen adecuada protección y garanticen una reparación eficaz.

Por todo esto, los procesos judiciales que garanticen los derechos fundamentales del trabajo deben ser, eficaces, sencillos y deben otorgar adecuada reparación a la vulneración del derecho.

Podemos destacar que si bien en Venezuela la normativa relacionada a amparo sobre derechos y garantías constitucionales comprende lo laboral, es conveniente contemplar a nivel de la LOPT normas con un procedimiento más específico.

(20) A saber: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva, b) la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación, c) la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, y d) la abolición efectiva del trabajo infantil.

- Modalidades especiales para conflictos colectivos jurídicos: de todas las reformas procesales, Nicaragua es la única que alude a modalidades especiales para procesos de conflictos colectivos de carácter jurídico, según resalta Ciudad (2013).

  En la reforma de Nicaragua se dispone que se tramitaran a través de dicho proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una ley, convenio colectivo o de una decisión o práctica de la empresa.

  En este sentido según descripción de Ciudad (2013), se confiere legitimación para promover procesos sobre conflictos colectivos a los sindicatos y a las asociaciones empresariales cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto; se establece como requisito necesario para la tramitación del proceso el intento de conciliación ante el Ministerio de Trabajo o ante los órganos de conciliación establecidos en los convenios colectivos; los procesos tienen el carácter de urgente y la preferencia en el despacho de estos asuntos será absoluta sobre cualesquiera otros, salvo los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales; la audiencia de juicio será oral y la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto.

Consideraciones Finales

La aplicación de la LOPT ha contribuido a la modernización de la justicia laboral en Venezuela, con la especialización necesaria de los operadores de justicia, la mejora de la infraestructura y el apoyo tecnológico. Aunque esta justicia laboral no ha sido tan eficiente, por la falta de autonomía e independencia del Poder Judicial en el país.

Por otra parte, destaca cierto retardo procesal en el régimen transitorio, ya que a más de diez años de vigencia de la LOPT, no deberían existir causas en curso iniciadas bajo la Ley anterior, de continuar debe atenderse con auxilio de Tribunales Accidentales.

Garantizar la tutela judicial efectiva es muy importante, en especial por el carácter alimentario de los conceptos laborales, esto se puede alcanzar con la oralidad, siempre y cuando la justicia actúe de manera oportuna y con la debida imparcialidad, para que igualmente sea eficiente.

La LOPT en Venezuela ha sido un instrumento de avanzada, a más de diez años de su aplicación, también es necesaria su evaluación para revisarla y definir reformas posibles. A estos fines sugerimos incrementar el número de jueces y del personal de apoyo, así como mejorar su capacitación. En cuanto a las modificaciones de la LOPT, se debe establecer una estructura organizativa para los Tribunales de Primera Instancia del Trabajo, donde destaque asignar la fase de ejecución a los Tribunales de Juicio, esto como está previsto en la LOPNA.

También a los fines de reforma de la LOPT, resulta de interés atender las orientaciones del Nuevo Sistema Procesal Laboral Latinoamericano como propone la OIT, y que para Venezuela implica contemplar en la LOPT, normas relacionadas con:

1) Procedimientos monitorios para contiendas de menor cuantía. 2) Modalidades especiales para la tutela de los derechos fundamentales en el trabajo y 3) Regulación de procesos de conflictos colectivos jurídicos.

En todo caso, el Estado Venezolano debe garantizar de manera efectiva la independencia de los operadores de justicia, para fortalecer el Acceso a la Justicia y el Estado de Derecho.

Lista de Referencias

- Acceso a la Justicia el Observatorio Venezolano de la Justicia. (2017). Informe de Gestión de Acceso a la Justicia y del Poder Judicial Venezolano (Agosto 2015 - Julio 2016). Recuperado de http://www.accesoalajusticia.org/wp/perfil-poder-judicial/informe-de-gestion-de-acceso-a-la-justicia-y-del-poder-judicial-venezolano-agosto-2015-julio-2016/, consulta de fecha 15 de febrero de 2017.
- Asamblea Nacional. (2016). Informe Final de la Comisión Especial para el Rescate de la Institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia, Recuperado de http://www.asambleanacional.gob.ve//uploads/botones/bot_4c4923abf6878796d3058018b-1166ddb dc9dfa6e.pdf, consulta de fecha 21 de agosto de 2017.
- Asamblea Nacional. (2010). Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Gaceta Oficial No. 39.483 de fecha 9 de agosto.
- Asamblea Nacional. (2007). Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Gaceta Oficial No. 5.859 Extraordinario de fecha 10 de diciembre.
- Asamblea Nacional. (2002). Ley Orgánica Procesal del Trabajo, Gaceta Oficial No. 37.504 de fecha 13 de agosto.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1999). Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial No. 36.860 de fecha 30 de diciembre.
- Chiovenda, G. (1949). Ensayos de Derecho Procesal Civil, Traducción de S. Sentís, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Ciudad, A. (2009). Modernización en la Justicia Laboral en América Latina. Recuperado de http: //www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/laboral/pdf/dradolfo.pdf, consulta de fecha 8 de enero de 2018.
- Ciudad, A. (2013). Nuevos Sistemas Procesales de Trabajo en América Latina. Recuperado de http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4504476, consulta de fecha 5 de enero de 2018.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2017). Informe Anual, Capitulo IV.B Venezuela. Recuperado de http: //www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/indice.asp, consulta de fecha 15 de marzo de 2018.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2013). Garantías para la Independencia de los Operadores de Justicia: Hacia el Fortalecimiento del Acceso a la Justicia y el Estado de Derecho en las Américas. Recuperado de http://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/Operadores-de-Justicia-2013.pdf, consulta de fecha 7 de diciembre de 2017.

- Congreso de la República de Venezuela. (1986). Código de Procedimiento Civil, Gaceta Oficial No. 3.694 Extraordinario del 22 de enero.
- Congreso de la República de Venezuela. (1959). Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo, Gaceta Oficial No. 26.116 del 19 de noviembre.
- Jaime, H. (2009). El Proceso Laboral Venezolano. Recuperado de http: //www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/laboral/pdf/dr.hector.pdf, consulta de fecha 9 de enero de 2018.
- Marín Boscan, F. (2015). Curso de Procedimiento Laboral Venezolano. Editorial Jurídica Venezolana. Quinta Edición.
- Observatorio Venezolano de Conflictividad Social. (2016). Conflictividad Social en Venezuela en Julio de 2016. Recuperado de http://www.observatoriodeconflictos.org.ve/oc/wp- content/uploads/2016/08/Conflictividad-social-en-Venezuela-en-julio-2016.pdf, consulta de fecha 20 de febrero de 2018.
- Observatorio Venezolano de Conflictividad Social. (2016). Informe sobre Situación de la Conflictividad Laboral en Venezuela. Recuperado de http://www.observatoriodeconflictos.org.ve/oc/wp-content/uploads/2016/05/Situacion-de-los-conflictos-laborales-en-Venezuela.pdf, consulta de fecha 20 de enero de 2018.
- Organización Internacional del Trabajo. (2011). La Justicia Laboral en América Central, Panamá y República Dominicana, Editado por Adolfo Ciudad Reynaud. Recuperado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---américas/---ro-lima/---sro- san_jose/documents/publication/wcms_179370.pdf, consulta de fecha 10 de diciembre de 2017.
- Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela (2012): Decreto que dicta la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras, Gaceta Oficial No. 6076 Extraordinario de fecha 07-05-2012
- Programa Venezolano Educación - Acción en Derechos Humanos (PROVEA). (2017). Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, Informe Anual Enero - Diciembre 2016, en la Web: http: //www.derechos.org.ve/informe-anual-2016/, consulta de fecha 16 de febrero de 2018.
- Tribunal Supremo de Justicia. (2016). Resolución 2016-0021 que dicta Normas de Adecuación Administrativa y Tecnológicas (sic) que Regularan los Copiadores de Sentencia, y los Libros de Registros que lleven los Tribunales de los Circuitos en las Sedes Judiciales y de las Copias Certificadas que estos expidan de fecha 14 de diciembre. Recuperado de http://historico.tsj.gob.ve/informacion/resoluciones/sp/resolucionSP_0002447.html, consulta de fecha 20 de enero de 2018.
- Tribunal Supremo de Justicia. (2013). Módulo Agenda Única, Sistema de Gestión Judicial Independencia. Recuperado de http://www.tsj.gob.ve/triptico-agenda-unica-sistema-gestion-judicial- independencia, consulta de fecha 20 de agosto de 2017.
- Vescovi, E. (1984). Teoría General del Proceso, Bogotá: Editorial Temis.

LA INSTRUMENTACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2017 EN MATERIA DE JUSTICIA LABORAL EN MÉXICO

Ángel Guillermo Ruiz Moreno[1]
Ángel Edoardo Ruiz Buenrostro[2]
(México)

Sumario: 1. El contexto de la reforma en materia de justicia laboral en México. 2. Aspectos fundamentales de la reforma de 2017 a los artículos 107 y 123 Apartado A, de la Constitución Política mexicana. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

1. EL CONTEXTO DE LA REFORMA EN MATERIA DE JUSTICIA LABORAL EN MÉXICO

Con el principal propósito de adecuar el marco normativo vigente de nuestro sistema nacional de impartición de justicia, mediante un diagnostico situacional en todo el país de la llamada *justicia cotidiana*, y contándose con el apoyo de los Poderes Legislativo y Judicial federales así como de diversas organizaciones nacionales educativas e instituciones públicas y

(1) Investigador Nacional nivel III del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Presidente de la Academia Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Previsión Social.
(2) Doctor en Derecho en Investigación con «Mención Honorífica» por la Universidad de Guadalajara. Autor y docente de pregrado y posgrados en Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social en diversas universidades públicas y privadas del país.

civiles, el 27 de noviembre de 2014 el Presidente Enrique Peña Nieto solicitó al Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE), que indagara acerca de las problemáticas existentes en los temas más comunes en las que se concentra la impartición de justicia nacional, instruyéndole que organizara foros de consulta con especialistas de los diversos temas sometidos a escrutinio, para elaborar un diagnóstico situacional consistente con la idea de generar recomendaciones de reformas al marco legal existente a fin de garantizarle a la sociedad un mejor servicio del Estado mexicano en la impartición de justicia cotidiana.

Los denominados «Diálogos por la Justicia Cotidiana»,(3) efectuados con expertos de cada materia y convocados por el propio Gobierno federal –que ya en la práctica realizó el CIDE junto con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM durante 2015–, se abordaron diversidad de temas en materia de Derecho Civil, Mercantil, Penal, y claro, también en Derecho del Trabajo, en cuanto a la operación de tribunales y administración de justicia. El resultado fue recogido en foros de expertos en los que participaran más de 200 personas provenientes de 26 prestigiadas instituciones de distintos sectores: investigadores, académicos, abogados postulantes, representantes de la sociedad civil y de organismos autónomos, así como de los propios Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial federales, quienes se reunieron durante casi cuatro meses para diagnosticar problemáticas resolubles a fin de proponer soluciones concretas para mejorar el acceso de la población a la justicia cotidiana en todo el país.

Resultado de dicho proceso de diálogo y discusión sin precedentes, surgió pues la Iniciativa del 28 de abril de 2016 del Titular del Ejecutivo federal, quien planteó al Congreso de la Unión, reformas al inciso d) de la fracción V del artículo 107;(4) y, de manera muy especial, planteándose también varias reformas a las fracciones XVIII, XIX, XX, XXI, con la adición a la fracción XXII Bis, la fracción XXVII inciso b), así como la adición de un nuevo inciso c) a la fracción XXXI, ambos artículo y todas las fracciones pre referidas del articulado del apartado A, del mítico artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).(5)

El punto focal de dicha Iniciativa de reforma consistía en *cambiar al operador de la justicia laboral*, quitándole su manejo al Poder Ejecutivo a fin de dejar dicho cometido al Poder Judicial, en una materia de gran impacto político, económico y social, para

(3) Véase el PDF final, de los llamados "Diálogos de Justicia Cotidiana", en la siguiente liga web: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di_logos_Justicia_Cotidiana.pdf

(4) En dicho artículo 107 fracción V de la CPEUM, se encuentran contenidas las disposiciones de la procedencia del juicio de Amparo Directo, donde se propuso reformar el inciso d), para establecer lo siguiente: *"En materia laboral, cuando se reclamen resoluciones definitivas que pongan fin al juicio dictadas por los tribunales laborales locales o federales o laudos del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje de los Trabajadores al Servicio del Estado y sus homólogos en las entidades federativas."*

(5) Consúltese el texto de dicha Iniciativa Presidencial del 28 de abril de 2016 y su Exposición de Motivos, en la siguiente liga web: https://www.gob.mx/justiciacotidiana/documentos/iniciativa-de-reforma-constitucional-en-materia-de-justicia-laboral

conseguir una mejor y más eficaz justicia social efectiva que tutelara –bajo el actual paradigma de los derechos humanos existente en México–, los derechos irrenunciables e inalienables de los operarios subordinados a un patrón; un cambio radical de operador de justicia laboral que se daría a un siglo de distancia del surgimiento del artículo 123 de nuestra Carta Magna en 1917.

Tras su rápida –y no tan ríspida– discusión en el trabajo bicameral en el Congreso de la Unión, se aprobó reformar y adicionar dichos preceptos constitucionales anteriormente citados mediante el Decreto que, una vez fue aprobado por la mayoría de los Congresos locales del país, fuera promulgado por el Presidente de la república en el Diario Oficial de la Federación (DOF) del 24 de febrero de 2017, entrando en vigor el mismo al día siguiente de su publicación.(6)

Pues bien, las reformas efectuadas a los artículos 107 y 123 Apartado A, de nuestra CPEUM, constituyen un hito histórico y también un parteaguas jurídico, pues de alguna manera se termina con el tradicional *tripartismo* laboral del Derecho del Trabajo nacional en la administración de justicia al desaparecer las Juntas, tanto la Federal como las Locales de Conciliación y Arbitraje,(7) para ser sustituidas en breve por Tribunales Laborales del Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas del país –dependiendo ello de la competencia tanto material como territorial, acorde a lo establecido por la fracción XXXI del propio Apartado A del artículo 123 constitucional–, lo que constituye un hecho sorprendente e inédito en el mismo país donde, a un siglo de distancia ya, fueran plasmados en el propio texto de dicho precepto constitucional por vez primera en el mundo los Derechos Sociales.

Acerca de este tema de cambio de operador de justicia laboral en el país, conviene añadir que en los últimos años la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) venía insistiendo en cambiar usos y costumbres, para que la función de justicia quedara en manos del Poder Judicial a fin de ubicarle en el contexto actual económico y social propio del siglo XXI; máxime cuando se tiene un mundo de economía globalizada de evidente corte neoliberal y México es el vecino incómodo y aún socio comercial de los Estados Unidos de América en el "Tratado de Libre Comercio de América del

(6) Ver el texto íntegro de la aludida reforma a los artículos 107 y 123 Apartado A, en la siguiente liga web: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5472965&fecha=24/02/2017

(7) En el Derecho Laboral mexicano, dichos tribunales administrativos fueron creados al expedirse la primera Ley Federal del Trabajo de 1931, publicada en el DOF del viernes 28 de agosto de 1931 y que entrara en vigor en todo el país el mismo día de su publicación atento a su artículo Primero Transitorio. No obstante, sus antecedentes primarios fueron: La Junta Federal de Conciliación y Arbitraje prevista en el artículo 358 y sigs.; las Juntas Centrales de Conciliación y Arbitraje, con sede tanto en el entonces Distrito Federal (hoy Ciudad de México), como en las capitales de las entidades federativas, establecidas en el artículo 343 y siguientes; ello sin dejar de mencionar a la Junta Federal de Conciliación, así como a las Juntas Municipales de Conciliación, figuras ambas ya extintas y que estaban previstas respectivamente en los artículos 352 y 336, todos los preceptos citados de la aludida Ley Federal del Trabajo original de 1931. Véase al efecto el DOF, en la liga web: http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=193390&pagina=3&seccion=2

Norte"(TLCAN),[8] cuya revisión actualmente está en trámite y que junto con la construcción del muro fronterizo y la expulsión de migrantes mexicanos, son digamos las piedras angulares de la peculiar administración del Presidente Trump.

En tal contexto, el simple cuanto complejo hecho de trasladar íntegramente la operación de la justicia laboral a los Poderes Judiciales del país, con la consecuente desaparición de los rebasados cuanto ya inoperantes tribunales administrativos de clásica integración tripartita (conformados estos con representantes del Gobierno, sector Patronal y Sector de los Trabadores), denominados *Juntas de Conciliación y Arbitraje"* significa un parteaguas jurídico que conlleva un cambio radical en materia de impartición de justicia en México, tanto en la materia laboral, *como de manera extensiva también en materia de conflictos en materia de seguridad social*. Dejando en claro desde ahora que, si bien se trata de una reforma en materia de justicia laboral, la misma –sin siquiera ser mencionada una sola vez en el texto del Decreto de reforma constitucional aquí referida–, necesariamente implicará también *una necesaria reforma legislativa en materia de seguridad social,* un tema espinoso éste que, por razones metodológicas y de espacio, no podremos abordar aquí.

Desde luego, como es lógico suponer, la aludida reforma ha provocado diversas reacciones e irritación social en los sectores involucrados en el tema laboral, sobre todo en estos tiempos convulsos que resiente el país por diversos factores, entre ellos descollando las elecciones Presidenciales de la república; nos es de extrañar la reacción, pues el tema laboral es sensible a toda la población acostumbrada a una justicia regulada, desde hace un siglo, políticamente desde el Poder Ejecutivo federal y de las propias entidades federativas, generándose gran molestia en quienes consideraban a nuestras peculiares Juntas de Conciliación y Arbitraje como una seña de peculiar identidad y hasta como "modelo de orgullo" en la administración de justicia el Derecho laboral nacional.[9]

---

(8) Para el lector interesado en saber más acerca del TLCAN, consúltese el PDF en la liga web: https://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Espanol/Tratado_de_Libre_Comercio_de_America_del_Norte-TLCAN.pdf

(9) Al punto, solo un par de observaciones pertinentes acerca de tan categórica afirmación:
La primera, que la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, que se ocupa de asuntos laborales de competencia federal del trabajo ordinario regulado por el Apartado A del artículo 123, de la CPEUM, así como las Junta Locales de Conciliación y Arbitraje de las 32 entidades federativas del país, no desaparecerán de golpe, sino que seguirán tramitando todos los asuntos planteados ante ellas que están en trámite, hasta que los mismos sean resueltos, en definitiva.
La segunda, que dicha reforma Constitucional comentada, *no alude a la justicia laboral de los servidores públicos federales regulados por el Apartado B del artículo 123 de la CPEUM* y, por lo tanto, seguirá operando igual el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, de integración tripartita y cuya estructura es similar a la de las Juntas federal y locales de similar nombre.
¿Por qué no se homologa la administración de justicia laboral en ambos apartados, si todos los pre referidos tribunales laborales no forman parte del Poder Judicial de la Federación, su fundamento es el mismo artículo 123 de la CPEUM y por ende son de naturaleza administrativa? Sobran preguntas, pero faltan respuestas lógicas, coherentes, plenamente argumentadas y justificadas. Y las palabras claves en la respuesta a tal interrogante es más que evidente: *control político del Estado mexicano.*

El porqué de esta reacción tan crítica al Gobierno federal y al Congreso de la Unión, opinamos debe ser al menos contextualizada aquí para su mejor comprensión.

Recuérdese que, en la llamada "Constitución de Querétaro" promulgada el 5 de febrero de 1917, en su artículo 3° se estableció a nivel constitucional el derecho social de la educación laica y gratuita; en el artículo 27 se dispuso terminar con los latifundios y comenzar el reparto de tierras para que la trabajasen los propios campesinos; pero acaso lo más trascedente del Derecho Social mexicano es que en el artículo 123 de la Carta Magna mexicana se fijaron reglas puntuales para regular el empleo formal, junto con la obligación de la previsión social como mecanismo protector de los operarios subordinados y su familia. Su histórico texto fijó un modelo de "contrato social laboral básico" y protegió la relación laboral hubiera por sobre la existencia de un contrato de trabajo, surtiendo ambos presupuestos los mismos efectos.

Más todavía: el propio Constituyente Originario, para regular en todo el país el empleo subordinado, y para que el Estado tutelara y protegiera a los operarios con reglas legales niveladoras de las desigualdades naturales, redactó el texto de dicho precepto, dejándole al legislador secundario dos cosas: desarrollar en ley las reglas fijadas, pero sin contravenirlas, y determinar el Derecho Procesal Laboral respectivo.

Al punto, afirmamos que *el trabajo informal* no subordinado y su libertad para ejercerlo sin más límites que su licitud o su restricción por resolución judicial, se halla plasmado en el artículo 5° de la propia CPEUM de 1917, derecho que quedó estratégicamente integrado en el capítulo de las antes denominadas "garantías individuales", hoy en día sustituidas por los derechos humanos reconocidos en el artículo 1° de nuestra Carta Magna, a partir del 10 de junio de 2011.

Respecto a lo anteriormente afirmado, es una pena decirlo pero muy pocas personas han terminado por comprender el por qué nosotros los iuslaboralistas mexicanos consideramos que debería haber en México un *Código Laboral del Empleo*, que regulase expresamente al Apartado A del artículo 123 de la CPEUM (aplicable sólo al trabajo ordinario), mediante normas sustantivas y adjetivas; y, paralelamente, deberíamos contar ya con una Ley Federal del Trabajo que regule el primer párrafo del artículo 5° de nuestra Carta Fundamental y que se enfocara en el trabajo autónomo, ocupándose también de las labores de quienes trabajan como independientes, autónomos y regulando básicamente el trabajo informal que representa casi el 60% de la población económicamente activa.[10] Ello porque toda la gente trabaja, empero, no todas lo hacen empleados subordinadamente a un patrón, por lo cual es obvio que *trabajo* no es sinónimo de *empleo.*

Volviendo a nuestro original hilo de ideas, a partir de la citada reforma constitucional efectuada el 24 de febrero de 2017, inevitablemente habrá en México *un antes y un después en materia de justicia laboral,* aunque existirá ciertamente un lapso de ajuste

(10) Véanse datos actualizados a 2017, proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en su último Boletín de Prensa del 13 de febrero de 2018, en la liga web: http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2018/enoe_ie/enoe_ie2018_02.pdf

jurídico paulatino, que estará previsto en leyes reglamentarias y cuyo *status* suponemos será limitado máximo a un lustro de sobrevivencia de las Juntas de Conciliación y Arbitraje contado a partir de la emisión de la legislación reglamentaria, para que saquen el rezago de asuntos pendientes de resolución, Juntas que se extinguirán cuando entren ya a operar los Poderes Judiciales federal y los Locales de las 32 entidades federativas del país.

Así se festejó el primer Centenario de nuestra Carta Magna: rompiéndose con paradigmas jurídicos laborales que la enorme mayoría de los mexicanos creían, sin razón, que eran intocables. Naturalmente que el mundo evoluciona y se transforma, y la ciencia del Derecho le persigue para intentar regularle de la mejor manera, si bien la dura realidad que es siempre más sabia –y más veloz– que la ciencia jurídica. Desde luego pensamos que el cambio no es un tema menor, toda vez que en plena euforia del logro conseguido, el propio Secretario del Trabajo y de la Previsión Social federal (STPS), opinó ante los medios de comunicación acerca de dicha reforma, tras confirmarse la aprobación de la misma por la mitad más uno de los Congresos locales de las entidades federativas del país y satisfacerse así el requisito previsto para ello en el artículo 135 de nuestra Carta Magna,(11) afirmando sin pudor ni rubor que: *"...se trata de la más ambiciosa reforma en materia laboral en cien años de vigencia del artículo 123 Constitucional...*"(12)

Ahora bien, sabedores ya que acerca de la implementación de dichas reformas desde hace años el Gobierno federal realiza consultas con los sectores patronal y obrero del país al través de sus respectivos consultores legales, sumado todo ello al sospechoso sigilo en cómo se pretende materialización legal de dicha reforma constitucional referida, junto a la evidente ausencia de información proveniente de la propia STPS federal –en especial de la "Unidad de Enlace de la Reforma del Sistema de Justicia Laboral", creada exprofeso para tales fines–,(13) las dudas que surgen al seno de la academia iuslaboralista e investigadores de la materia, así como de los litigantes, los docentes de las universidades públicas y privadas del país, así como de la población en general, harán nacer a su instrumentación bajo sospecha y lo peor: ausente de la debida legitimación social. Sobre todo ahora, ante la complicada época prelectoral que padecemos los mexicanos pues el 1° de julio de 2018 habrá elecciones Presidenciales en el país, y el próximo Presidente de la república debe empezar su mandato el 1° de diciembre de 2018.

---

(11) Por cierto, los primeros 17 Congresos Estatales que aprobaron dicha reforma constitucional en materia de justicia laboral son, por orden alfabético: Aguascalientes, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Estado de México, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala y Zacatecas.

(12) Véase la nota de Jorge Almazán: *"Aprueban reforma de justicia laboral en 17 Estados",* Sección Política, Diario Milenio, versión digital electrónica del 6 de febrero de 2017, donde entrevista al entonces Secretario de Trabajo y Previsión Social federal, Alfonso Navarrete Prida –hoy Secretario de Gobernación–, en la siguiente liga web: http://www.milenio.com/politica/stps-justicia_laboral-alfonso_navarrete-estados-reforma_laboral-milenio-noticias_0_898110358.html

(13) Para mayores datos, véase más información acerca de este nuevo órgano de la STPF federal, en la siguiente liga web: https://www.gob.mx/stps/prensa/crea-stps-unidad-especial-para-transicion-de-juntas-de-conciliacion-y-arbitraje

Por ello, ante tanta incertidumbre, hemos considerado conveniente fijar ahora nuestra postura académica ante el inevitable impacto que dicha reforma traerá consigo, dejando en claro que si bien se trata de una reforma en materia de justicia laboral, la misma –sin siquiera ser mencionada una sola vez en el texto del Decreto de reforma constitucional aquí referida–, necesariamente implicará también *una reforma legislativa en materia de seguridad social,* un tema éste que infortunadamente, tanto por razones metodológicas como de espacio, no podremos abordar aquí.

2. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA REFORMA DE 2017 A LOS ARTÍCULOS 107 Y 123 APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA MEXICANA

Pues bien, los puntos fundamentales de la reforma en materia de justicia laboral, tiene algunas características que nos llaman mucho la atención, descollando a nuestro entender ocho temas que enseguida brevemente desarrollaremos:

a) Para comenzar, se trata de una reforma estructural importante en materia de justicia laboral, aunque también involucra a la justicia en asuntos de seguridad social pues en México indebidamente se les suele poner juntos en el mismo saco, acaso porque de origen constitucional y legalmente seguimos teniendo una gran confusión conceptual en nuestro sistema jurídico vigente.(14) Es un hecho público y notorio que en el mundo entero y por multitud de razones, la seguridad social tiende ya a "deslaboralizarse" debido a la evidencia de que la producción de bienes y servicios se ha venido automatizando mediante el uso industrial de robots, programados para operar con alta tecnología en esta "era del conocimiento" debido al uso progresivo las Tecnologías de la Información y la Comunicación o TIC's, lo cual provocará más temprano que tarde la desaparición de plazas laborales para millones de individuos en la ahora llamada "Industria 4.0"; y entonces, al ligarse a la seguridad social al empleo decente, con el desplazamiento humano disminuirán sensiblemente los habituales aportes tripartitos para el financiamiento del dicho servicio público especializado, provocando a futuro una mayor inviabilidad económica si no se busca otra fuente capaz de financiarlo.(15)

b) En el texto de dicha reforma constitucional, si bien se crean nuevas instituciones administrativas de índole laboral, no se establecen aspectos de índole sustantivo ni procedimental laborales pues, sustancialmente, lo que se hace es cambiar de

(14) Véase el artículo de Ángel Guillermo Ruiz Moreno, intitulado: "La Constitución Mexicana de 1917 y su peculiar vinculación con el Derecho de la Seguridad Social del siglo XXI", en la *Revista de la Facultad de Derecho de México,* Tomo LXVII, enero-abril de 2017, N° 267, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 467-495. También puede ser consultado dicho ensayo en la liga web: file:///C:/Users/Ruiz%20Moreno/Downloads/58905-170561-1-PB%20(2).pdf

(15) Véase el libro de Ángel Edoardo Ruiz Buenrostro, intitulado: *"Bases mínimas para una seguridad social universal. La unificación de los Seguros Sociales en México".* Editorial Porrúa, México, 2017.

operador del administrador de justicia, limitándose a fijar principios de operación, pero omitiendo establecer lo que se deberá hacer para materializarla; esto es, el Constituyente Permanente ordena el qué, empero deja al legislador ordinario resolver el problema que supone el cambio de operador de justicia y decidir por razones de naturaleza económica, el cómo y el cuándo.

Sin embargo, en su instrumentación legal deben intervenir necesaria y coordinadamente en ella los tres Poderes de la Unión federales y, además, también los tres Poderes de las 32 entidades federativas del país, lo cual de suyo supone un enorme desafío al haberse fijado por el Constituyente Permanente tan sólo *el plazo de un año* para hacerlo –contado el mismo a partir del 25 de febrero de 2017, atento al texto de los artículos Primero y Segundo Transitorio del propio Decreto de reforma constitucional–. Por lo tanto, a la fecha en que esto se escribe, ya transcurrió dicho plazo y no ha cumplido el Poder Legislativo federal con dicho mandato constitucional.

c) La reforma comentada no se limita exclusivamente a cambiar de operador en la impartición de justicia laboral en todo el país, sino que, a la par, efectúa un evidente proceso de *federalización centralizada* del tema laboral como luego veremos. Porque se establece en el artículo Sexto Transitorio del Decreto de reforma constitucional, la obligación de que las Juntas de Conciliación y Arbitraje transfieran los procedimientos, expedientes y documentos a su cargo, tanto a los Poderes Judiciales Federal y Locales, como también transfieran los asuntos relacionados con el registro de contratos colectivos de trabajo como de organizaciones sindicales al Centro de Conciliación federal.

   Es de esperar entonces que, en la legislación reglamentaria respectiva, se establezca una fecha límite para que las mencionadas Juntas de Conciliación y Arbitraje del país –tanto la federal como las locales–, acaben con el rezago de expedientes en trámite a su cargo, y que deben concluir atendiendo las reglas procedimentales de la ley vigente actual; y una vez se resuelva el último asunto planteado ante ellas, dichas Juntas dejarán de operar como impartidoras de justicia laboral y desaparecerán. Así, al comenzar los Poderes Judiciales a recibir las nuevas demandas en materia laboral –en fecha aún por determinar en ley–, tendrán la obligación inexcusable de que las sentencias que emitan sean dictadas cumpliendo con los principios jurídicos de: legalidad, imparcialidad, trasparencia, autonomía e independencia; quedándonos claro que los denominados Tribunales Laborales del Poder Judicial, comenzarán de cero su labor y que contarán, además, con un renovado procedimiento laboral.[16]

d) Llama poderosamente la atención que se apueste tanto a la conciliación de los conflictos laborales como forma ideal de disolverlos en lugar de resolverlos judicialmente. Porque la multicitada reforma constitucional, ordena efectuar previamente y de manera

(16) En el artículo 1° de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, donde se describe a quiénes integran este Poder no aparecen los "Tribunales Laborales", en la fecha que se escribe este ensayo no existe aún dicha figura jurídica por lo que habrá que reformar su texto para darles cabida. Se puede consultar el texto de dicha legislación federal en la siguiente liga web: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/172_190617.pdf

obligatoria, *un procedimiento administrativo conciliatorio previo a la demanda,* el cual deberá agotarse como requisito *sine qua non* antes de acudir a los citados tribunales laborales;[17] para ello, en el texto de la pre aludida reforma comentada, *se ordena la creación de Centros de Conciliación, tanto a nivel federal como Locales en cada entidad federativa,* los que serán organismos públicos descentralizados de la administración pública, ya federal o ya de las entidades federativas del país, organismos que tendrán personalidad jurídica, patrimonio propio y autarquía (es decir: poder de decisión), cuya función será clave para que opere satisfactoriamente la reforma en materia de justicia laboral.

e) Dichos Centros de Conciliación, nos lo señala la propia reforma constitucional en comentario, contarán con plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Y también –habrá que puntualizarlo–, su operación se regirá mediante diez principios jurídicos, a saber: certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, trasparencia y publicidad… y nosotros añadiríamos a este punto el principio jurídico de la *buena fe* con que debe operar todo sistema jurídico.

   Para conseguirlo, se prevé que su integración y funcionamiento se determine, *en materia local* en las propias leyes Locales que cada Congreso de las 32 entidades federativas del país expidan soberanamente al efecto, para que cada uno la ejerza en esta materia tan socialmente sensible como lo es el empleo digno, en modo tal que, tanto el Estado mexicano como las entidades federativas del país, *se hagan cargo de la solución de diferencias entre patrones y trabajadores subordinados, así como de la impartición de justicia laboral*, cada uno desde luego en su respectivo ámbito competencial, acorde a lo establecido por la fracción XXXI, inciso c), del Apartado A del artículo 123 de la CPEUM.

f) El Decreto de reforma constitucional comentado, ordena crear el organismo público descentralizado de índole federal que tendrá a su cargo la función conciliatoria, pero a la par le faculta también para que a dicho Centro le correspondan exclusivamente funciones que justifican la idea de alcanzar una *federalización o centralización* de la justicia laboral nacional. Porque este Centro deberá llevar *el control único del registro de todos los contratos colectivos de trabajo celebrados en el país;* y, a la par, llevará también *el registro de todas las organizaciones sindicales existentes en el territorio nacional.* Estas funciones son tan trascedentes, que el propio Constituyente Permanente diseñó un complejo procedimiento para la designación de su Titular, procedimiento de selección cuyo texto ocupa tres párrafos y en cual se

(17) Hemos escuchado en foros académicos la crítica de que el procedimiento administrativo conciliatorio, forzoso y previo a la posible interposición de la demanda laboral, vulnera el artículo 8° de la «Declaración Universal de los Derechos Humanos» de Naciones Unidas. Opinamos que no es así, porque la conciliación bien puede interpretarse como parte integrante del recurso efectivo para obtener justicia laboral. Ver web: http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

contempla la participación proactiva de dos Poderes de la Unión: tanto del Titular de Ejecutivo federal, como del Senado de la república.

g) El citado Decreto de reforma constitucional, fija además los lineamientos *para cuestiones que atañen a la libertad de la negociación colectiva y sindical,* en nueva fracción añadida al texto de la CPEUM –la fracción XXII Bis–, ordenando al legislador asegurar en norma legal dicha libertad de negociación colectiva con la idea de cuidar los legítimos intereses de patrones y de operarios, garantizando además, mediante principios jurídicos, la genuina representatividad de las organizaciones sindicales –cuyos estatutos sindicales deberán ajustarse siempre a tal normativa constitucional–, así como lograr la certeza en la firma, el registro y el depósito, de los contratos colectivos celebrados.

Se prevé además, en dicha fracción referida en el párrafo precedente, la manera de resolver conflictos entre sindicatos por la *titularidad* de un contrato colectivo, estableciéndose con meridiana claridad que el voto de los trabajadores sea personal, libre y secreto en la celebración de un contrato colectivo de trabajo, e igualmente en la elección de sus dirigentes; por lo que, para obtener la celebración de un contrato colectivo de trabajo producto de la negociación colectiva, se deberá acreditar que se cuenta con la representación legítima de los trabajadores sindicalizados.

h) Finalmente, son seis los artículos Transitorios del policitado Decreto de reformas objeto de análisis, preceptos que *grosso modo* intentan regular la ahora inevitable desaparición paulatina de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, tras encomendarse la tarea de administración de justicia laboral al Poder Judicial, tanto a nivel federal como Local; señalándose expresamente en el artículo Quinto Transitorio que, en cualquier caso, los derechos laborales de los actuales funcionarios y empleados de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, serán respetados conforme a la ley.

Reiteramos pues lo que ya dijimos en párrafos anteriores: el artículo Segundo Transitorio del Decreto constitucional al que nos hemos venido refiriendo, *estableció el plazo de un año natural contado a partir del día siguiente de su publicación para realizar las adecuaciones legislativas,* el cual venció el 25 de febrero de 2018, por lo que se ha incumplido ya. Así las cosas, lo más probable es que la reforma sea instrumentada legalmente antes de que concluya el mandato del actual Presidente Enrique Peña Nieto, porque la reforma constitucional comentada ya está hecha.

3. CONCLUSIONES

Resulta evidente que la reforma del 24 de febrero de 2017 a los artículos 107 y 123 Apartado A de nuestra CPEUM, a una centuria de distancia de la entrada en vigor de este último precepto el 1° de mayo de 1917, tiene como finalidad mejorar la operatividad de la justicia laboral en pleno siglo XXI, pero sin el lastre del tripartismo y, sobro todo, sin los injerencia de factores políticos que durante un siglo influyeran en las decisiones que asumían los tribunales administrativos en sus laudos, todo ello en aras de conseguir una administración de justicia pronta, expedita, completa e imparcial, tal y como lo ordena el artículo 17 de nuestra Carta Magna.

La población entera, y en especial los empleadores y sus trabajadores, esperan se materialice una verdadera justicia social en cada conflicto dirimido, por lo que la idea de fondo subyacente es *corregir las evidentes fallas estructurales* en tres puntos que se busca obtener con dicha reforma en materia de justicia laboral:

A) Confiar en la *conciliación* como medio ideal para dirimir y disolver conflictos laborales, toda vez que en la práctica se cumplía más como un simple trámite en las Juntas de Conciliación y Arbitraje, a pesar de estar contemplada como una fase procedimental prevista en la Ley Federal del Trabajo vigente. Porque si no funciona a cabalidad el procedimiento conciliatorio en los asuntos laborales, sencillamente no se conseguirá el objetivo trazado, elevándose con cada juicio planteado el coste del sistema de justicia laboral en perjuicio de todos, haciéndose uso eficaz de los mecanismos alternos de solución de controversias para no saturar a los juzgadores de litigios, por lo que urge *capacitar y certificar al personal operativo contratado para ello,* que consiga conciliar los interés de las partes antes de llegar al Poder Judicial.

B) Dar *seguridad y certeza jurídica* a todos los involucrados en problemas laborales, cuidando los intereses legítimos de empleadores y organizaciones sindicales, mediante un registro único de sindicatos y contratos colectivos de trabajo, que se negocien libremente entre ellos, evitándose así la eventual *discrecionalidad de su registro*. Para ello se creó el organismo público descentralizado federal específico, el que tendrá un marco jurídico regulatorio de su actividad cotidiana contenido en una legislación que muy probablemente se denominaría *Ley del Instituto Federal de Conciliación y Registros Laborales,* debiéndose en este tema legislar con prudencia y efectividad a fin de establecer reglas claras de observancia obligatoria para todos. Esto confirma que va en serio el Estado mexicano en lograr una mejor justicia laboral, pues se busca con ello acabar con los llamados "sindicatos blancos" (sic) y los usuales "contratos de protección" (sic), siendo un hecho público y notorio esta peculiar práctica laboral desde hace décadas en México y Latinoamérica entera, así se niegue constantemente su existencia.

C) Se confía también en *darle plena seguridad jurídica al procedimiento de huelga,* haciendo énfasis en los casos en que se plantee ésta para obtener la celebración y/o titularidad de los contratos colectivos de trabajo, siendo uno de los grandes temas que el sector patronal específicamente y la sociedad en general celebran y agradece de esta reforma, en aras de terminar así con la llamada "extorsión sindical" (sic) que ha sido, por desgracia, una práctica muy usual en México sobre todo en las medianas y pequeñas empresas, que son las más numerosas en el país. Sin dejar de lado que se busca asegurar la existencia de una libre *negociación colectiva,* garantizándole a los sindicatos establecer con plena libertad sus propios estatutos, y garantizándose el voto libre, directo y secreto de los trabajadores en la elección de sus dirigentes y ante un eventual caso de huelga

Por último, terminamos diciendo que si se interpreta objetivamente el Artículo Segundo Transitorio de dicho Decreto, no vemos que se trate de un plazo fatal ni tampoco

perentorio el lapso de un año fijado al Congreso de la Unión y las Legislaturas de las entidades federativas, para realizar las adecuaciones legislativas, el cual venció ya el 25 de febrero de 2018, máxime cuando no trae sanción alguna su eventual incumplimiento y porque los llamados "tiempos legislativos" se miden y corren de manera diferenciada al tiempo real.

Por el contrario, estamos convencidos que hay muchos cambios por hacer y deben pensarse bien para instrumentar correctamente esta trascedente reforma, para efectuar los necesarios cambios de ajuste constitucional y todos los legales que resulten necesarios efectuar, a fin de que no existan errores estructurales ni tampoco lagunas o contradicciones legales, los cuales deberán ser correctamente planeados.

Jurídicamente habrá que construirlo y reconstruirlo casi todo, pues implica que el Poder Legislativo federal corrija y adecúe múltiples legislaciones para armonizarlas con la reforma constitucional comentada en este ensayo; sin dejar de lado que tocará a los 32 Congresos Locales reformara sus actuales Constituciones Políticas y expedir las legislaciones necesarias para tal fin en todas las entidades federativas del país. También implica reformar las actuales legislaciones de los Poderes Judiciales, tanto de la Federación como las Locales, para que puedan operar ya en materia de justicia laboral y, desde luego, abocarse a la capacitación y selección de los jueces. En tanto que, para los Poderes Ejecutivo Federal y Locales, les toca establecer los Centros de Conciliación y dotarles de la infraestructura física y humana, capacitando y eligiendo a los funcionarios conciliadores, así como expedir luego los reglamentos que den cuerpo y sentido a tan trascendente temática de dejar en manos del Poder Judicial la justicia laboral, todo lo cual implicaba una tarea complicada de resolver en corto lapso de tiempo de un año, por tratarse de un hecho histórico e inédito en México.

Aquí lo que más interesa es que al final se consiga el objetivo perseguido: que haya una mejor impartición de justicia laboral y social, respetándose los principios jurídicos del Derecho del Trabajo que tanto lustre dieran al país a lo largo de una centuria.

De alcanzarse el objetivo trazado, entonces habrá valido la pena el esfuerzo desplegado y la espera. ¡Así sea por el bien de las generaciones actuales y las futuras!

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES EN ITALIA

THE ORIGIN AND EVOLUTION OF THE COMPULSORY INSURANCE AGAINST ACCIDENTS AT WORK AND OCCUPATIONAL DISEASES IN ITALY

GIUSEPPE LUDOVICO[(1)(2)]
Universidad de *Milán*
(Italia)

RESUMEN: El origen en Italia del seguro obligatorio de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ha estado marcado por un intenso debate, el cual ha proseguido a lo largo de su evolución. Hoy

---

(1) Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del pre y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Milán y Profesor de Derecho del Trabajo del posgrado en la Facultad de Medicina y Cirugía de la Universidad de Milán; con posgrado en Especialización en Derecho de Trabajo por la Universidad de Parma, Doctorado en Derecho del Trabajo por la Universidad de Bologna, miembro de la Asociación Italiana del Trabajo y de la Seguridad Social. Abogado. Email: giuseppe.ludovico@unimi.it

(2) Agradezco mucho por la traducción al abogado y amigo Irving Aldo Rojas Valentino. Puntualizo que cualquier eventual error es de mi entera responsabilidad.

en día todavía la relación entre el seguro obligatorio y la responsabilidad civil son objetos de posiciones contrapuestas, las cuales aumentan a partir que, en el ámbito de la responsabilidad civil emergen nuevas figuras respecto al daño a la persona, las cuales no encuentran completo reconocimiento en la tutela asegurativa. Teniendo en cuenta las diversas posiciones del debate, el presente artículo examina los muchos problemas que continúan aun inciertos en la relación entre ambas instituciones, proponiéndose en esclarecer el tema, siempre en concordancia con los mandatos constitucionales.

PALABRAS CLAVE: Accidente de trabajo. Enfermedad profesional. Aseguración obligatoria. Daño. Beneficios Previsionales.

ABSTRACT: In Italy the origin of the mandatory insurance against accidents at work and occupational diseases has been characterized by an intense debate that follows the subsequent evolution of this protection. Even today the relations between the mandatory insurance and the liability are subject to opposite opinions that cause many uncertainties on the interpretation and application of the relevant legislation; the uncertainties increased when under the framework of the civil liability new type of damages - not fully covered by the insurance - arose. Starting from an overview of the different positions of the debate, the text analyzes the many issues that make uncertain the relationship between the two protections, proposing a clear distinction that is consistent with their constitutional functions.

KEY WORDS: Accidents at work. Occupational diseases. Insurance social system. Damages. Social benefits

I. INTRODUCCIÓN

Hace más de un ciclo que se introdujo en Italia el seguro obligatorio de accidentes de trabajo, su relación con la responsabilidad civil esta aun a la fecha en búsqueda de una integración definitiva, permaneciendo todavía un intenso debate que se renueva constantemente con cada evolución que da la tutela indemnizatoria. Las razones de esta incertidumbre nacen a partir de la misma ley que instituyó la obligación de asegurar cuando, en un contexto jurídico en el cual todavía se encontraba dominado por la lógica civilista, el instrumento de protección social fue interpretado como un remedio de formula indemnizatoria que sustituía a la responsabilidad civil.

El debate ha seguido aun complicándose más, después de la aparición en el ámbito del sistema indemnizatorio de nuevas figuras del daño no patrimonial, que no encuentra pleno reconocimiento en el sistema de aseguración.

Remontarse al origen de la instauración del referido seguro obligatorio en Italia, resulta fundamental a fin de comprender e intentar resolver las razones por las cuales

aún hoy en día permanece incierta la relación entre esta forma de protección social y el remedio común de la responsabilidad civil.

II. LOS ORIGENES DE LA ASEGURACIÓN OBLIGATORIA DE ACCIDENTES DE TRABAJO

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, el desarrollo de la economía industrial, hace que la clase política preste atención a la dramática situación que se estaba viviendo con los accidentes de trabajo. La primera fase del debate se concentró inevitablemente en la aplicación *stricto sensu* de las normas del Código Civil de 1865, que en materia de responsabilidad extracontractual imponía al trabajador la obligación de demostrar, durante el proceso judicial, la culpa del empleador, a fin de obtener la indemnización correspondiente por el daño sufrido.

El principio "*nessuna responsabilità senza colpa"*(3) de origen romano, respondía a la lógica igualitaria de la sociedad burgués, pero resultaba plenamente incompatible en la regulación del fenómeno de los accidentes de trabajo(4). La culpa, entendida en sentido estricto, como la conducta personal del empleador, era aún mucho más difícil de demostrar estando a la falta del deber de aseguración por parte del empleador.

Una parte de la doctrina tenía elaborada algunas soluciones para aliviar al trabajador de la carga de la prueba en la culpa del empleador, algunos propusieron la inversión de la carga probatoria(5), mientras otros intentaron ampliar los confines de la responsabilidad extracontractual del empleador a través de la *culpa levissima*(6).

Se trataban solo de tentativos, soluciones incapaces de resolver en sí mismo el problema, las condiciones económico-sociales del proletariado no permitían al trabajador sostener los costos de un proceso judicial, sumado al riesgo, muy probable, de no poder demostrar la culpa del empleador.

Algunos doctrinarios, a fin de superar el criterio de la culpa, propusieron establecer la responsabilidad civil del empleador en un criterio completamente nuevo, pero que no

(3) La expresión en referencia, es citado por von Jhering Rudolf,*"Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, in Vermischte Schriften"*, Leipzig, 1879, p 199. Cf. Rodotà Stefano, *"Il problema della responsabilità civile"*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 65 ss.; Rodotà Stefano, "Proprietà e industria. Variazioni intorno alla responsabilità civile", en *Politica e Diritto*, 1978, p. 413 y ss.

(4) Para una mayor referencia histórica cf. Ludovico Giuseppe, *"Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro",* Giuffrè, Milano, 2012, p. 7 y ss.; Cazzetta Giovanni, *"Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico"* (1865-1914), Giuffrè, Milano, 1991, p. 70 y ss.; Irti Natalino, *"L'età della decodificazione"*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 23-24; Gaeta Lorenzo, *"Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro"*, Esi, Napoli, 1986.

(5) Chironi Gian Pietro, "Della responsabilità dei padroni rispetto agli operai e della garanzia contro gli infortuni del lavoro", in Studi Senesi, I, 1884, f. 2, p. 127 y ss.

(6) Schupfer Francesco, *"La responsabilità dei padroni per gli infortuni sul lavoro"*, Botta, Roma, 1883, p. 24 y ss.

era desconocido para el derecho romano: el principio *cuius commoda eius et incommoda,* el cual constituía un "*principio general de justicia*"[7], el cual imponía el pago del resarcimiento del daño derivado de la actividad que efectuara la empresa, a todos los que recibían utilidades por dicha actividad[8].

La teoría del riesgo profesional, como fue definida, constituida en Italia la primera elaboración de la responsabilidad objetiva del riesgo en la ejecución de la actividad empresarial, a la cual algunos jueces empezaron a observar con cierto interés, condenando al empleador al resarcimiento del daño únicamente en razón del nexo causal establecido entre el accidente y el riesgo propio de la prestación laboral[9].

Sin embargo, el pasaje del criterio de la imputabilidad de la culpa a aquel del riesgo referido, en realidad no habría garantizado algún resarcimiento para el caso de los accidentes provocados por los riesgos "*externos*" a la actividad empresarial[10], entre los cuales, en particular cabe señalar, a los accidentes imputables a la negligencia del mismo trabajador, que en la época constituían una cuota no menor del total de los accidentes producidos en el centro de trabajo. Cierto es que la negligencia del trabajador era a menudo provocada por las insalubres condiciones de trabajo presentes en la industria, con el resultado que la culpa del trabajador era, de hecho, imposible de distinguir del riesgo provocado por la actividad empresarial[11]. Asimismo, aquellos jueces que se encentraban a favor de la determinación de la responsabilidad objetiva derivada del riesgo en la ejecución de la actividad empresarial, no tuvieron la misma osadía para condenar al emperador al resarcimiento del daño derivado por la culpa del trabajador[12].

La teoría de riesgo profesional fue concebida con la finalidad de introducir no solo una hipótesis de responsabilidad objetiva compatible con las reglas establecidas en el código civil respecto a la *locatio conductio operarum,* sino también establecer el deber de aseguración del empleador a fin de garantizar el correspondiente y debido

(7) Fusinato Guido, "Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile", en Fusinato Guido, *Scritti giuridici*, Bocca, Torino, 1921, vol. II, pp. 72-73.

(8) Fusinato Guido, op. cit., p. 27 y ss.

(9) Ferraris Carlo Francesco, *"Gli infortuni sul lavoro e la legge"*, Botta, Roma, 1897, p. 8; Castelvetri Laura, *"Il diritto del lavoro delle origini"*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 99; Cherubini Arnaldo, *"Storia della previdenza sociale"*, Ed. Riuniti, Roma, 1977, p. 91; Cherubini Arnaldo, *"Introduzione storica alle assicurazioni sociali in Italia"* (1900-1965). II. Il 1898. "Assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e Cassa nazionale di previdenza", en *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 1968, I, p. 663.

(10) Castronovo Carlo, *"La nuova responsabilità civile"*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 387-388. Asimismo, cf. Exner Adolf, "Der Begriff der höheren Gewalt (vis maior) im römischen und heutigen Verkehrsrecht", *Scientia*, Neudruck-Aalen, 1970 (rist. ed. Wien, 1883), p. 59 y ss.

(11) Sobre la relación entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa cf. Trimarchi Pietro, *"Rischio e responsabilità oggettiva",* Milano, Giuffrè, 1961, p. 297 ss.

(12) Chironi Gian Pietro, "*La colpa nel diritto civile odierno"*. II. "*Colpa extra-contrattuale (aquiliana)"*, vol. I, Bocca, Torino, 1886, p. 139. Para un análisis de la jurisprudencia italiana v. Gaeta Lorenzo, op. cit., p. 79 y ss.

resarcimiento al trabajador[13]. En un concepción inicial, tanto la responsabilidad objetiva y la aseguración obligatoria constituían partes esenciales de un único diseño reformador.

En los sucesivos debates parlamentarios, los dos instrumentos antes citados fueron separados. A diferencia de otros países europeos, como por ejemplo Alemania, en donde la aseguración obligatoria fue introducida junto a la responsabilidad objetiva del riesgo; en el ordenamiento italiano, la responsabilidad objetiva pudo ser introducida por vía simplemente interpretativa[14], habiéndose decidido resolver el problema de los accidentes de trabajo únicamente al interno de la aseguración sin modificar las reglas de responsabilidad civil que han permanecido invariables al principio dogmático de la culpa[15].

Numerosas fueron las razones, sobre todo del tipo ideológicas, que contribuyeron a la definitiva afirmación de esta solución. Un papel determinante fue seguramente el temor que el conflicto judicial alimentado por la controversia de la responsabilidad del empleador hubiera conducido a un mayor y más peligroso conflicto social[16], sumado a ello, "*la difusión de la ideología socialista*"[17]. Pero igual de importante fue la oposición de la doctrina y de muchos parlamentarios, respecto a la modificación de las tradicionales normas que regulaban la responsabilidad civil. Prevaleció en el debate parlamentario las posiciones más rígidas, según el principio liberal de la igualdad formal de las partes, los que sostenían "*inmoral*" introducir una hipótesis de responsabilidad civil que sea más favorable al trabajador. Se desarrolló de este modo aquella que fue definida después como la *"fuga dal códice"* de la teoría del riesgo profesional[18]; desde la óptica de la responsabilidad objetiva del riesgo de la actividad empresarial, esta teoría estaba completamente despojada de su significado jurídico original, llegando a ser solo una justificación ideológica del deber de aseguración.

La oposición de muchos parlamentarios ante una posible modificación de la responsabilidad por culpa había hecho surgir el problema; de un lado, individualizar el fundamento jurídico de una aseguración que debiera a su vez superar los límites de la

(13) Fusinato Guido, op. cit., p. 90 y ss. Asimismo, Barassi Lodovico, "Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano", Soc. Ed. Libraria, Milano, 1917, p. 689.

(14) Gaeta Lorenzo, "L'influenza tedesca sulla formazione del sistema previdenziale italiano", en Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industrali, 1992, p. 4 y ss.; Gaeta Lorenzo, "Le false inadeguatezze del diritto privato rispetto al primo diritto del lavoro: una storia esemplare", en Mazzacane Aldo, Schiera Pierangelo (a cura di), Enciclopedia e sapere scientifico. "Il diritto e le scienze social" en la Enciclopedia giuridica italiana, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 315 y ss

(15) Castronovo Carlo, op. cit., p. 393.

(16) Ferraris Carlo Francesco, op. cit., p. 55; Villari Pasquale, "Gl'infortuni sul lavoro", in *Nuova Antologia*, 1 febbraio 1898, p. 393.

(17) Asimismo, Monteleone Giulio, "La legislazione sociale al Parlamento italiano. Gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile dei padroni". 1879-1886, en *Movimento operaio e socialista*, XXII, 1976, 3, p. 177. Sobre este aspecto tambien cf. Persiani Mattia, "Considerazioni sulle motivazioni ideologiche della assistenza e della previdenza sociale e sulla loro evoluzione dovuta all'idea della sicurezza sociale", en *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 1973, I, p. 419 y ss.

(18) Castronovo Carlo, "Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi", in *Jus*, 1985, p. 20 ss.

culpa para garantizar protección contra toda clase de accidente de trabajo, y de otro lado, justificar la imposición del costo total de esta tutela a cargo del empleador, debido a la imposibilidad del trabajador de participar, así sea en parte, del relativo financiamiento.

La teoría del riesgo profesional ofreció la solución, no desde una óptica jurídica sino más bien política, a este problema. La aseguración fue presentada como un instrumento de acción de la responsabilidad objetiva del riesgo en la ejecución de la actividad empresarial y el relativo costo, como una forma particular del pago indemnizatorio correspondiente, en razón a dicha responsabilidad.

Aunque con diversos argumentos, la asimilación de la aseguración a la responsabilidad objetiva fue plenamente aceptada por los diversos partidos políticos, que en esta lógica comprendieron que era inevitable excluir la aplicación de la responsabilidad por culpa, al fin de no generar al empleador una doble forma de responsabilidad.

La regla de la exoneración de la responsabilidad civil tomo así un doble significado. De un lado, de naturaleza consecuencial al deber de aseguración a favor de los trabajadores; y del otro, un necesario beneficio que permitiera compensar de alguna forma al empleador por el sacrificio que constituye el financiamiento de dicha aseguración(19).

La solución surgió a partir de la labor parlamentaria, la que trajo como consecuencia la conciliación de las diversas posiciones ideológicas que hasta ese momento habían estado divididas en diversos lineamientos políticos; por un lado, el financiamiento de la aseguración era un costo asumido enteramente a cargo del empleador, evitando así que los trabajadores fuera llamado, así sea en parte, a asumir una carga económica difícilmente sostenible por las condiciones de la época; del otro, el empleador obtenía la exoneración de la responsabilidad civil, con la ventaja de transformar la indemnización e un costo fijo, constate e programable.

La aseguración ha logrado, en definitiva, garantizar la invariabilidad de la regla dogmática de la responsabilidad por culpa, alimentando al mismo tiempo, la ilusión de una tutela fundada en un inexistente criterio de responsabilidad objetiva por el riesgo en la ejecución de la actividad empresarial(20).

En la última fase del debate parlamentario, surge la exigencia de evitar que la regla de la exoneración de la responsabilidad civil pudiese también ser aplicable por extensión, a comportamientos del empleador que fueran particularmente perjudiciales o socialmente reprochables. Esta posición fue sostenida sobre todo por los que en la fase precedente del debate eran opositores a cualquier modificación de los tradicionales principios del

(19) Fusinato Guido, "Gli infortuni sul lavoro alla Camera dei deputati, in Fusinato Guido", *Scritti giuridici*, Bocca, Torino, 1921, vol. II, p. 537-538; Bortolotto Guido, *"Commento al Testo Unico di Legge per gli infortuni degli operai sul lavoro (R.D. 31 gennaio 1904, n. 51)"*, E. Pietrocola, Napoli, 1904, p. 221.

(20) Ludovico Giuseppe, op. cit., p. 46 y ss.

derecho civil que, por esta cuestión, entendían que era inaceptable la exclusión de la responsabilidad civil en caso de culpa grave[21].

La solución que fue por mucho tiempo buscada, para distinguir la culpa leve, que si era cubierta por la aseguración, de aquella culpa grave[22], fue al fin encontrada gracias a un enmienda que propuso la desaplicación de la regla de la exoneración; en consecuencia, resultaba aplicable la responsabilidad civil, en presencia de la comisión de delitos de acción pública cometidos por el empleador o por sus dependientes encargados de la dirección y vigilancia de la empresa[23].

El inédito mecanismo elaborado en sede parlamentaria configuraba, a la responsabilidad penal como presupuesto de la responsabilidad civil, con el efecto que, solo en presencia de un delito de acción pública, el trabajador recuperaba el derecho de acción contra el empleador por el resarcimiento del daño.

Asimismo, resultan particularmente interesantes los límites que fueron impuestos para la acción indemnizatoria del trabajador y su relación con la acción subrogatoria de la aseguradora ("acción de regreso"). Se quiso evitar de un lado, que el accidente de trabajo pudiese ser una ocasión de injustificado enriquecimiento por parte del trabajador, el cual acumulando el monto indemnizatorio, con las correspondientes prestaciones asegurativas, hubiese obtenido una suma mayor al daño sufrido; y por otro lado, que el empleador fuera llamado a reparar el daño con una suma menor al cual habría provocado. La solución que consintió a conciliar estas exigencias fue la siguiente: en presencia de un delito de acción pública el trabajador podía accionar solo por la indemnización del daño que excediera a las prestaciones liquidadas por la aseguradora, mientras que esta última podría ejercer la acción de regreso contra del empleador, a fin de recuperar la suma correspondiente a las prestaciones pagadas en favor del trabajador.

Un compromiso que fue calificado positivamente porque limitada el interés de los trabajadores a la acción judicial[24], ratificando la responsabilidad del empleador por los hechos más graves, que también podrían ser imputables a los dependientes a cargo de las dirección y vigilancia de la empresa[25].

(21) Sobre este punto cf. Cazzetta Giovanni, op. cit., p. 423 y ss.

(22) Agnelli Arnaldo, cf. "Infortunii degli operai sul lavoro", in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. VIII, I, Soc. Ed. Libraria, Milano, 1902, p. 1018.

(23) El texto de la enmienda, que será después copiado en el artículo 22 de la Ley N° 80 de 1898, recogía el contenido de un nuevo diseño de ley presentado por Guicciardini al Senato (Atti Parlamentari, Senato del Regno, Documenti, Leg. XX, sess. I, doc. n. 16), que a su vez atendió a las indicaciones propuestas por Ferraris al Consiglio della Previdenza (Ferraris Carlo Francesco, op. cit., p. 75).

(24) Sobre este punto cfr. Ferraris Carlo Francesco, op. cit., p. 70 y ss; Bortolotto Guido, op. cit., pp. 222 y 225.

(25) Según Bortolotto Guido, op. cit., p. 224, la responsabilidad del empleador por los delitos de acción pública cometidos por sus dependientes a cargo de la direccion y vigilancia de la empresa estan fundadas en la culpa en la elección.

III. LA DISTINCIÓN ENTRE LA ASEGURACIÓN OBLIGATORIA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Las soluciones a las que se arribaron en el debate parlamentario fueron recapituladas en la Ley N° 80 del 17 de marzo de 1898, la cual después de un debate constante durante otros largos treinta años, permitieron finalmente dictaminar el deber del empleador de asegurar a sus trabajadores frente a los accidentes de trabajo.

La ley es claramente inspirada desde una lógica de transacción social(26); de un lado, el empleador asume el costo de la aseguración, también en el caso de los accidentes laborales que no resulten imputables a su culpabilidad, obteniendo con ello el beneficio de la exoneración de la responsabilidad civil, con la excepción de los delitos de acción pública, por los cuales eran sujetos a la acción de los trabajadores accidentados por la indemnización del monto diferencial y aquella acción de regreso de la entidad asegurativa; de otro lado, los trabajadores obtenían la garantía de una prestación automática por cualquier accidente, así este no sea imputable al empleador, ocurrida como parte de la "*actividad laboral*", renunciando al resarcimiento del daño diferencial, y como ya señalamos anteriormente, con la excepción de los accidentes derivados de un delito de acción pública imputado al empleador o a sus dependientes encargados de la vigilancia o dirección de la empresa.

Este sistema de compromisos asumía evidentemente una fuerte equivalencia simbólica, a través de la aseguración se acreditaba tener "*una visión neutral del accidente*"(27), gracias al hecho que el empleador veía a ser sustituido por el ente asegurador en lo que refiere al pago de la prestación, reduciéndose asimismo también las razones ante un posible conflicto social(28).

A pesar de sus numerosos limites, la Ley N° 80 del año 1898 ha constituido sin lugar a duda un momento crucial en la evolución del ordenamiento laboral italiano, representando la primera realización de una tutela social contra el riesgo de los accidentes de trabajo. A partir de esta norma, las doctrinas sucesivas prestaran atención a ella con mucho intereses, estando a la falta aun de otro tipo de referencia para elaborar una noción jurídica de lo que es subordinación(29).

(26) Barassi Lodovico, *"Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano",* Soc. Ed. Libraria, Milano, 1901, p. 586.

(27) Gaeta Lorenzo, "*Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro"*, op.cit., pp. 141-142.

(28) Gaeta Lorenzo, *"L'influenza tedesca sulla formazione del sistema previdenziale italiano"*, op.cit., p. 15; Gaeta Lorenzo, "*Le false inadeguatezze del diritto privato rispetto al primo diritto del lavoro: una storia esemplare"*, op.cit., p. 335-336; Balandi Gian Guido, "Un caso di archeologia giuridica: ciò che resta oggi del "rischio professionale", en *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1976, III, pp. 98 y ss; Marino Vincenzo, *"La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro"*, F.Angeli, Milano, 1990, p. 29.

(29) Carnelutti Francesco, Sobre el concepto de operario en la ley accidentes y el concepto de empresa en la ley accidentes, en Carnelutti Francesco, *"Infortuni sul lavoro".* Studi, Athenaeum, Roma, 1913, vol. I, p. 57 y ss.

En el periodo sucesivo a la aprobación de la ley se continuó aun con la discusión sobre el fundamento jurídico de aseguración. Atendiendo a la visión que surgió durante la labor parlamentaria, Carnelutti ofreció una primera elaboración teórica de esta tutela; en su propuesta, la finalidad transactiva surgida durante el debate parlamentario constituyó la expresión jurídica de necesidad social y de un concepto general de justicia que había encontrado reconocimiento en el principio del riesgo profesional, entendido como criterio de responsabilidad objetiva de la industria bajo la peculiar forma y con la particular garantía de la aseguración obligatoria"[30], una responsabilidad contractual, dice Carnelutti, que obliga al empleador a un "*pago adicional*" correspondiente, por lo que "*en vez de pagar un monto indemnizatorio ante cualquier eventualidad ocurrida por un accidente de trabajo, correspondería pagar una prima por aseguración al trabajador ante aquella eventualidad*"[31].

La doctrina será influenciada así por mucho tiempo, a partir de la lectura carneluttiana[32], afirmándose el concepto de aseguración como una forma de responsabilidad objetiva ante el riesgo empresarial[33]. Un modelo inspirado a partir del compromiso de diversos sectores sociales, incluso de aquellos con intereses opuestos, en el cual el financiamiento de la aseguración de parte del empleador estaría compensada con el beneficio de la exoneración, mientras que la exclusión del trabajadores del derecho a la indemnización estaría justificada desde la garantía de una automática reparación ante cualquier accidente ocurrido durante la ejecución de la actividad laboral.

(30) Asi, Carnelutti Francesco, "Criteri d'interpretazione della legge su gli infortuni", in Carnelutti Francesco, op. cit., p. 20-32.

(31) Carnelutti F., "Introduzione", in Carnelutti Francesco, op. cit., p. XI-X.

(32) Confirmaba la teoría del riesgo profesional pero esperaba que esta sea superada; del mismo modo, Santoro Passarelli Francesco, "Rischio e bisogno nella previdenza sociale", en *Rivista Italiana di Previdenza Sociale*, 1948, p. 177 y ss.; Santoro Passarelli Francesco, "Dalla vecchia legislazione infortunistica alle attuali forme assicuratrici", en *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 1952, I, p. 1026 y ss.

(33) En ese sentido, recietemente: Franco Massimiliano, "*Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro"*, F.Angeli, Milano, 1995, p. 80; Pessi Roberto, "La riforma previdenziale del '95: il ritorno al modello assicurativo", en *Diritto del Lavoro*, 1995, I, pp. 76-77; Hernandez Salvatore, "Il sistema dell'assicurazione contro gli infortuni: la verifica dei concetti-cardine a distanza di un secolo", en *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 1998, I, p. 225-227; Fontana Antonio, "Il rischio professionale: aspetti storici e profili di attualità", in Aa.Vv., 1898-1998. Esperienze, evoluzione e prospettive della assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Aspetti giuridici, economici, medico-legali, tecnici e statistici, Ed. Inail, Roma, 1999, p. 95 ss; Natullo Gaetano, Danno alla salute e infortuni sul lavoro: l'"ottica costituzionale", in AA.VV., *"Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro",* Giuffrè, Milano, 2002, p. 446; Rossi Andrea, "La compromissione dell'integrità psico-fisica del lavoratore subordinato: livelli di protezione e profili evolutivi delle forme di tutela", en *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2004, I, p. 316; Giubboni Stefano, "Le "contraddizioni" dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, tra vecchio e nuovo diritto", in *Diritto del Lavoro*, 2001, I, p. 96; Alibrandi Giuseppe, *"Infortuni sul lavoro e malattie professionali"*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 158 y ss.; Casola Maria, "Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale", en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2009, I, p. 113.

Las razones de este "*inmovilismo conceptual*"[34], dependieron sobretodo de la continuidad de la normativa aplicada, la cual a lo largo de más de un siglo, propone aun los mismos mecanismos ya previstos por los artículos 22 y 24 de la Ley N° 80 de 1898. El artículo 10 del Texto Único de las Disposiciones para la Aseguración Obligatoria (Decreto del Presidente de la Republica N° 1124 del 30 de junio de 1965), dispone que la aseguración "*exonere al empleador de la responsabilidad civil por los accidentes de trabajo*", pero con la excepción en caso en el cual el empleador o sus dependientes a cargo de la dirección o vigilancia de la empresa hayan sufrido una "*condena penal*", a menos que el delito no sea punible a través de la acción privada. En tal supuesto, la prestación otorgada "*corresponde solo al límite del monto indemnizatorio*" pagada por el ente asegurador, el cual, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 11 de la referida ley, tiene "*derecho a la acción de regreso por la suma otorgada a título de indemnización y por los gastos accesorios contra las personas civilmente responsables*"[35].

Es solo en los últimos tiempo que la doctrina comenzó a refutar la tradicional concepción de la aseguración obligatoria como forma de responsabilidad objetiva, haciendo visible el error de interpretación que se dio a la lectura carneluttiana, la cual se sostiene en la indebida confusión que se dio a los conceptos de aseguración con el de responsabilidad objetiva; asimismo, resultaba inapropiado configurar como excepción a la responsabilidad por culpa, Es claro a su vez, atendiendo a la función económica que cumplen, la responsabilidad civil y la aseguración representan dos instituciones jurídicas estructuralmente diversas; la primera tiene la función de sancionar un hecho antijurídico, haciendo pagar el relativo costo a un sujeto debidamente individualizado en base al criterio de imputación; mientras que el segundo, constituye una garantía que se otorga en favor del interés económico del asegurado[36]. Lo que significa que esta última no puede ser confundida con la primera, menos aún puede ser interpretada como una forma de actuación de la segunda[37]. En este sentido, se puede decir que la teoría del riesgo profesional ha representado un verdadero y notable "*error histórico*"[38].

(34) Asimismo, Persiani Mattia, "Il rischio professionale", en AA.VV., *Il rischio professionale*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 12. En el mismo sentido, Balandi Gian Guido, op. cit., p. 113.

(35) El artículo 11 del Texto Único en referencia, establece en otras cosas que "la sentencia que establece la responsabilidad civil" "es suficiente elemento para que la entidad aseguradora pueda trasladar el crédito contra la persona civilmente responsable por la suma indicada en el párrafo precedente"; asimismo, "el ente asegurador, también puede ejercer la misma acción de regreso contra el accidentado cuanto la contingencia haya sido consecuencia de su propio dolo el cual desde estar establecido en sentencia penal".

(36) Castronovo Carlo, *"La nuova responsabilità civile"*, op. cit., 1997, p. 65; Ludovico Giuseppe, op. cit., p. 43.

(37) Castronovo Carlo, op. ult. cit., p. 386. Asimismo, Corrias Paoloefisio, *"Garanzia pura e contratti di rischio, Giuffrè"*, Milano, 2006, p. 317 ss. La distinción entre la responsabilidad objetiva y la aseguración contra accidentes es evidente en la doctrina, cf. Gitter Wolfgang, *"Schadensausgleich im Arbeitsunfailrecht. Die soziale Unfallversicherung als Teil des allgemeinen Schadensrechts"*, Tübingen, Morh, 1969, p. 192.

(38) Castronovo Carlo, op. ult. cit., p. 388.

La demostración más evidente de la estructura diversa de ambas instituciones reside en el hecho que la aseguración obligatoria no ha modificado la regla de la responsabilidad por culpa, encontrando en vez aplicación en algunos accidentes que no habían sido considerados dentro de la responsabilidad objetiva por riesgo de la ejecución de la actividad empresarial, la cual, como evidentemente se observa, no constituye una forma de responsabilidad "*absoluta*"[39], debiendo actuar dentro de los límites de su propio criterio de imputación, que comprende solo los accidentes de trabajo provocados por el riesgo de la actividad empresarial[40]. La doctrina es sólida al distinguir la responsabilidad objetiva "*relativa*", que consiente el resarcimiento del daño provocado por determinado riesgo, manteniendo excluido los eventos ocasionados por caso fortuito[41], fuerza mayor[42] y por culpa del accidentado[43]; de los supuestos de responsabilidad objetiva "absoluta" que configuraban en vez una responsabilidad ilimitada[44].

La aseguración obligatoria entonces distinguió tanto una responsabilidad objetiva relativa, porque también comprendía los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor y culpa del trabajador, extendiéndose a eventos como el accidente *in itinere*[45], que no son imputables al riesgo de empresa; como de la absoluta, que constituye un instituto diverso, en si una caso *sui generis*[46].

(39) Asimismo, Castronovo Carlo, op. ult. cit., p. 387-388.

(40) Ludovico Giuseppe, op. cit., p. 49 ss.; Ludovico Giuseppe, "Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile", en *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2015, I, pp. 443 y ss.; Ludovico Giuseppe, "La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale", in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2013, p. 1065 y ss.

(41) Comporti Marco, "Fatti illeciti: le responsabilità oggettive. Artt. 2049-2053", en *Il Codice Civile*. Commentario Schlesinger e Busnelli, Giuffrè, Milano, 2009, p. 44 y ss.; Alpa Guido, "La Responsabilità civile". *Parte Generale*, Utet, Torino, 2010, p. 172 y ss.

(42) Exner Adolf, op. cit., p. 59 y ss.

(43) Sobre la relación entre la responsabilidad por riesgo y la responsabilidad por culpa, cf. Trimarchi Pietro, op. cit., p. 297 y ss.

(44) La diferencia entre responsabilidad objetiva absoluta y relativa es dada Maiorca Carlo, s.v. Colpa Civile, en *Enciclopedia del Diritto*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 552.

(45) El accidente *in itinere* es mencionado en el artículo 2 del referido Texto Único, el cual tutela cualquier contingencia ocurrida durante "la ruta habitual de ida y vuelta que realiza el trabajador del lugar donde habita al centro laboral; asimismo como la ruta habitual que recorre entre dos lugares distintos donde efectúa sus labores y durante la ruta habitual de ida y vuelta del centro laboral a aquel lugar en donde consume normalmente sus alimentos", son excluidos de este tipo de infortunios los ocurridos durante la interrupción o desviación no necesarias y con el uso de medios de transportes privados no necesarios. Al respecto v. Ludovico Giuseppe, "La definizione legislativa dell'infortunio in itinere tra estensione della tutela e selezione dei soggetti", en *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali,* 2002, I, pp. 31 y ss.

(46) Comporti Marco, op. cit, p. 45 y ss.

IV.- EL FUNDAMENTO Y LA FUNCION CONSTITUCIONAL DE LA ASEGURACION OBLIGATORIA

Para comprender el fundamento y la función jurídica de la aseguración obligatoria, corresponde prestar atención a la noción contenida en el artículo 2 del referido texto único, el cual reconoce como accidente de trabajo a cualquier evento ocurrido "*en ocasión de le ejecución de la actividad laboral*".

Este enunciado, que es idéntico al expuesto en el artículo 7 de la Ley N° 80 de 1898, no hace distinción entre los diversos factores causales, reconociendo unitaria importancia, analógicamente a otras aseguraciones sociales, a los componentes causales del caso fortuito, de la fuerza mayor, del accionar de un tercero, de la culpa del asegurado y también del dolo y de la culpa del tomador(47).

Esta noción define un concepto de riesgo que sobrepasa los límites de la responsabilidad objetiva(48), para asumir un diverso significado el del "*riesgo social*(49)" sancionando en este modo el nacimiento en Italia de la Previsión Social (Seguridad Social).

El objeto de la aseguración obligatoria, en consecuencia, no es el riesgo de la empresa sino el riesgo del trabajador, quien podría encontrarse en una condición de necesidad por causa de la exposición al trabajo que realiza.

Estando a la presión social que se vivía, el legislador fue inducido a superar los estrechos parámetros de la responsabilidad civil que no habían podido con eficacia garantizar una automática tutela de análoga cobertura, para entrar en una dimensión jurídica completamente nueva, que al inicio no fue entendida en su más auténtico significado. A falta de una conceptualización teórica de la previsión social, la aseguración obligatoria fue reconducida a los tradicionales esquemas de la responsabilidad civil, alimentando con ello el error que ha condicionado la elaboración doctrinal(50) por mucho tiempo.

Después de su introducción, la aseguración obligatoria ha visto rápidamente acentuarse su publicidad; antes aún de la Constitución, su aplicación fue ya dirigida al sector agrícola y las enfermedades profesionales, fue también introducido el Principio de Automaticidad de la Prestación y establecido el monopolio público con la creación del INAIL(51) (52).

(47) Alibrandi Giuseppe, op. cit., 191 y ss.;
(48) Persiani Mattia, op. cit., p. 19; Montuschi Luigi, "La tutela contro gli infortuni dal 1898 ad oggi: cent'anni di storia", en *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali,* 1998, I, pp. 709-710.
(49) Asimismo, Ewald François, "L'Etat providence", Grasset, Paris 1989*,* p. 334.
(50) Ludovico Giuseppe, *"Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro"*, op.cit., p. 49 y ss.
(51) Barassi Lodovico, *"Diritto del lavoro e assicurazioni sociali",* Giuffrè, Milano, 1930, vol. II, p. 487 y ss.
(52) N. del T.: En Italia, Instituto Nacional para la Aseguración de accidente de trabajo y enfermedades profesionales.

Fue solo con la entrada en vigor de la Constitución que la aseguración obligatoria fue elevada a principio fundamental del ordenamiento jurídico(53), reconociendo en su artículo 38, párrafo segundo, el derecho a todo trabajador a recibir *"los medios adecuados para procurar su supervivencia en caso de accidente, enfermedad, invalidez, pensión de jubilación, desocupación involuntaria"*.

Dentro de la visión constitucional, la aseguración obligatoria asume la función de indispensable instrumento de protección social que responde a fundamentales e inderogables objetivos de solidaridad colectiva(54). Se encuadra dentro de la prospectiva constitucional también el concepto de riesgo profesional, se evidencia en consecuencia, su originario significado privatista; a partir del riesgo de la empresa, aquel concepto debe ser ahora entendido como riesgo del trabajador al encontrarse en una condición de necesidad a causa del trabajo(55).

El riesgo de la empresa llega a ser así el argumento constitucional de mayor protección ofrecida al trabajador respecto a otros ciudadanos(56). Debiéndose de considerar que "*una ley que hiciera venir a menos la importancia previsional de la profesionalidad del evento sería muy probablemente ilegitima a nivel constitucional*"(57).

La sucesiva evolución de la tutela asegurativa ha sido plenamente coherente con los principios constitucionales. Basta pensar en los contribuciones efectuadas, las cuales todavía ambiguamente definidas como "*primas*", son en realidad reguladas bajo un sistema de cobranza completamente pública(58) y a su vez en un sistema de prestaciones sanitarias; esta forma de cobranza demuestra que la función de la referida tutela no es solo aquella de captar una suma de dinero, sino de aliviar la condición de necesidad del trabajador, concentrándose el sentido constitucional en la complejidad del valor de la persona(59).

La superación definitiva de la originaria concepción privatista se da, en modo aún más evidente, a partir de la profunda evolución que sufre la regla de la exoneración. Gracias a la interpretación creativa de la jurisprudencia, aquella regla sufre en el tiempo un proceso de continuo debilitamiento. La reducción de los límites de aplicación de esta regla se inicia con el pronunciamiento mediante el cual el juez constitucional ha reconocido la responsabilidad civil del empleador también en el caso del delito cometido por cualquiera de sus dependientes no encargados de la supervisión o vigilancia de la empresa(60), siendo seguida también por el ordenamiento jurisprudencial, aun predomi-

(53) Asimismo, Persiani Mattia, *"Il sistema giuridico della previdenza sociale",* Cedam, Padova, 1960, p. 21.
(54) Ludovico Giuseppe, op. ult. cit., p. 80 y ss.
(55) Persiani Mattia, op. ult. cit., p. 316.
(56) Santoro Passarelli Francesco, "*Rischio e bisogno nella previdenza sociale"*, cit., p. 192.
(57) Asimismo, Persiani Mattia, op. ult. cit., p. 317.
(58) Barassi Lodovico, "Natura giuridica dei contributi obbligatori nelle assicurazioni sociali", en *Assicurazioni Sociali*, 1933, p. 3 y ss.
(59) Montuschi Luigi, op.cit., p. 709
(60) Corte Costituzionale 9 marzo 1967, n. 22.

nante, que atribuida relevancia penal al incumplimiento de la obligación sancionada por el artículo 2087 del Código Civil, el cual impone al empleador a adoptar todas las *"medidas que, según la particularidad de la actividad laboral, la experiencia y la técnica, son necesarias para resguardar la integridad física y la personalidad moral de los trabajadores*". La simple violación de esta amplia obligación de naturaleza contractual, es suficiente para la configuración del delito perseguible de oficio que consiente la desaplicación de la regla de la exoneración.(61)

Igualmente importante es la evolución sufrida por esta regla en el plano procesal, en donde el trabajador es fuertemente apoyado por la aplicación normativa más favorable que se le da respecto a la carga de la prueba de la responsabilidad contractual, según el cual al trabajador solo le compete acreditar la existencia de una relación laboral, el daño sufrido y el nexo causal, mientras tanto el empleador tiene el deber de demostrar la no imputabilidad del evento, esto es, de haber adoptado todas las medidas para evitar el daño(62).

No menos importante es la derogación que ha sufrido esta regla en la parte en la cual solicitaba una condena penal por el delito perseguible de oficio(63). Esta condición fue establecida inicialmente en las sentencias de la Corte Constitucional que en algunos casos han admitido la posibilidad que el juez civil proceda con la comprobación del delito(64), para ser después definitivamente superada por el principio emitido en el actual Código de Procedimientos Penales que otorga completa autonomía a la jurisprudencia civil respecto de la penal(65).

Este largo proceso de debilitamiento aún no había llevado a una definitiva desaparición de la regla de la exoneración, que continuaba a limitar el derecho del trabajador al resarcimiento del daño no cubierto por los beneficios previsionales ("daño diferencial"). Sobre este aspecto, la responsabilidad civil y la tutela previsional, retornaran nuevamente a confrontarse, con la diferencia ahora, respecto al pasado, que el conflicto no girará más en el criterio de imputabilidad del daño pero si en su contenido.

(61) Ludovico Giuseppe, op. cit., p. 105 ss.

(62) Entre las sentencias más recientes cfr. Cass. Sez. Lav. 11 aprile 2013, n. 8855; Cass. Sez. Lav. 22 dicembre 2011, n. 28205; Cass. Sez. Lav. 21 dicembre 2010, n. 25865; Cass. Sez. Lav. 17 febbraio 2009, n. 3785; Cass. Sez. Lav. 13 agosto 2008, n. 21590; Cass. Sez. Lav. 22 dicembre 2008, n. 29935; Cass. Sez. Lav. 14 aprile 2008, n. 9817, en Rivista Critica del Diritto del Lavoro, 2008, p. 681.

(63) Para mayor conocimiento cfr. Ludovico Giuseppe, op. cit., pp. 128 y ss.

(64) Corte Costituzionale 22 marzo 1971, n. 55, in Foro Italiano, 1971, I, c. 824; Corte Costituzionale 27 giugno 1973, n. 99, in Foro Italiano, 1973, I, c. 2009; Corte Costituzionale 26 giugno 1975, n. 165, in Foro Italiano, 1976, I, c. 36; Corte Costituzionale 19 giugno 1981, n. 102, in Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, 1981, p. 281; Corte Costituzionale 24 aprile 1986, n. 118, in Foro Italiano, 1988, I, c. 383; Corte Costituzionale 11 dicembre 1995, n. 499, in Responsabilità Civile e Previdenza, 1996, II, p. 265.

(65) Cass. Sezioni Unite 16 marzo 2015, n. 5160, en *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2015, p. 827.

V. EL NUEVO ENCUENTRO ENTRE LA ASEGURACION OBLIGATORIA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL: EL DAÑO A LA PERSONA

El "*equilibrio de fondo*"[66] que por tanto tiempo había gobernado la relación entre los dos sistemas, entraron inevitablemente en crisis cuando la Corte Constitucional, con la Sentencia N° 184[67], del 14 de julio de 1986, introduce al interno de la responsabilidad civil el daño biológico, entendiéndose como el menoscabo de la integridad psicofísica, independiente de la capacidad para el trabajo de la persona, que encuentra directo fundamento en la tutela del derecho fundamental de la salud establecido en el artículo 32 de la Constitución[68].

Este termino de daño era a su vez irremediablemente extraño para la aseguración social, la cual, vinculada a las tablas establecidas por ley, continuaba a emitir, para el caso de los eventos de gravedad superiores al 10%, una prestación calculada en función a la disminución de la capacidad de obtener ingresos.

La diferencia entre resarcimiento e indemnización a perjudicado la funcionabilidad del mecanismo previsto en los artículos 10 y 11 de Texto Único citado precedentemente, reflejando numerosas dudas en merito a la exacta individualización de la parte del resarcimiento que correspondería al trabajador y de la que se encontraría sujeta a la acción de regreso por parte del INAIL.

La Corte Constitucional, en el año 1991 con tres sentencias intervino sobre la cuestión, habiendo solicitado después al legislador la extensión de la aseguración social al daño biológico[69], eliminando este supuesto de la aplicación de la regla de la exoneración[70], excluyendo también la acción de regreso que efectuaba el INAIL correspondiente al resarcimiento, permaneciendo así de exclusiva competencia del trabajador, según la regla general de la responsabilidad civil[71].

Lo extraño que resultaba el daño biológico para la aseguración social era motivo suficiente para excluir el resarcimiento relativo a la aplicación del artículo 10 y 11 del Texto Único al que referimos anteriormente. Esta solución ha tenido consecuencias negativas sobre todo para el INAIL, el cual fue obligado a pagar la prestación total en

(66) Castronovo Carlo, Danno alla salute e infortuni. La Corte Costituzionale e i diritti secondi, en *Foro Italiano*, 1995, I, c. 91.

(67) Con nota de Ponzanelli Giulio, "La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute". En *Foro Italiano,* 1986, I, c. 2053.

(68) Castronovo Carlo, "Danno biologico". *Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1998.

(69) Corte Costituzionale 15 febbraio 1991, n. 87, en *Foro Italiano*, 1991, I, c. 1664 ss.

(70) Corte Costituzionale 27 dicembre 1991, n. 485, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro,* 1992, II, p. 756 ss.

(71) Corte Costituzionale 18 luglio 1991, n. 356, en *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1991, III, pp. y 144 ss. Los mismos principios se han extendido también al daño moral, cfr. Corte Costituzionale 17 febbraio 1994, n. 37, en *Foro Italiano*, 1994, I, c. 1326

caso de concurso de culpa del trabajador, sin tener la posibilidad en este caso de ejercitar la acción en su totalidad sobre el resarcimiento menor reconocido por el juez.

También a causa de alguna ambigüedad presente en las decisiones de la Corte Constitucional, ha sido necesario el trascurso de nueve años para llegar a la tan esperada reforma, la cual ha sido plasmada en el artículo 13 del Decreto Legislativo N° 38 del 23 de febrero de 2000, el cual ha extendido la cobertura de la aseguración del daño biológico que ha sido definido como "*lesión a la integridad psicofísica, susceptible de evaluación médico legal, de la persona*", por lo cual las prestaciones "*son determinadas de manera independiente, a partir de la capacidad de producción de las ganancias del afectado*". Se trata de la primera definición legislativa de daño biológico que, según el artículo 13, se refiere únicamente a la "*tutela de la aseguración obligatorio de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*" y asume solo un valor "*experimental*" "*en atención a la definición de carácter general y de los criterios para la determinación del correspondiente resarcimiento*".

En coherencia con las solicitudes de la Corte Constitucional, que había definido el daño biológico como un tipo de daño prioritario, el legislador ha puesto este tipo de daño al centro del nuevo sistema. Anteriormente, las prestaciones para las lesiones permanentes eran calculadas únicamente en razón de la pérdida de la capacidad de trabajo, siendo ahora sustituida por una nueva prestación, calculada principalmente en función de la lesión de la integridad psicofísica; para las lesiones permanentes que fluctúan entre el 6% y 15% la prestación se entrega por única vez y es destinada a restaurar el daño biológico, mientras que para las lesiones permanentes de gravedad superior al 16% la prestación es compuesta de un pago efectuado en dos cuotas, una para el daño biológico y otra para el daño patrimonial(72).

La disciplina ha sido después completada con el Decreto Ministerial de fecha 12 de julio de 2000, que contiene las tablas para la definición de las lesiones, la determinación del valor económico de los porcentajes y la valoración del daño patrimonial.

(72) Respecto al nuevo sistema, cfr.: Giubboni Stefano, Ludovico Giuseppe, Rossi Andrea, *"Infortuni sul lavoro e malattie professionali"*, Cedam, Padova, 2014, pp. 375 y ss.; De Matteis Aldo, "*La responsabilità del datore di lavoro"*, Aracne, Roma, 2013, pp. 86 y ss.; Giubboni S., Rossi A., "*Infortuni sul lavoro e risarcimento del danno"*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 51 y ss.; Ludovico Giuseppe, "Il danno biologico negli infortuni sul lavoro e nelle malattie professionali (prima e dopo il d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38)", en Pedrazzoli Marcello (a cura di), *I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 2004, pp. 157-169; Ludovico Giuseppe, "Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro", op. cit., pp. 227 y ss.; Ludovico Giuseppe, "Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile", op. cit., pp. 429 y ss.; Ludovico Giuseppe, "Per una rilettura costituzionalmente coerente delle azioni di rivalsa dell'Inail", en *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2014, I, pp. 611-635; Ludovico Giuseppe, "La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale", op. cit., pp. 1049 y ss.

VI. LA RELACIÓN ENTRE ASEGURACIÓN OBLIGATORIA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL DESPUÉS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 38-2000

Muy por el contrario a lo que se esperaba, el legislador no promulgó ninguna norma de coordinación entre la reforma y el régimen previsto por los artículos 10 y 11 del Texto Único en referencia, resaltando una vez más las numerosas incertidumbres entre aseguración obligatoria y responsabilidad civil, y esto mientras, esta última amplia un nuevo concepto de daño extrapatrimonial, el daño existencial(73), que deriva de la lesión del derecho fundamental de la persona de exteriorizar libremente su propia personalidad(74).

El legislador confiaba en el hecho que la cobertura del seguro al daño biológico habría ayudado a superar las decisiones de la Corte Constitucional, restableciendo automáticamente el originario equilibrio entre la aseguración obligatoria y la responsabilidad civil. La expectativa que tenía el legislador no se cumplió; paradójicamente, el resultado es que la relación entre la aseguración y la responsabilidad civil hoy en día es aún más incierta, respecto al periodo precedente a la reforma.

Particularmente inciertos son sobre todo los actuales límites de la regla de la exoneración, respecto al daño biológico.

Según la opinión difundida, este tipo de daño seria ahora aplicado bajo esta regla, como consecuencia de ello, a falta de un delito de acción pública el trabajador no podría accionar por el resarcimiento del daño biológico no cubierto por la indemnización previsional, resultando impedido también la acción de regreso del INAIL(75). Es frecuente

(73) En general, sobre el daño existencial cfr. Cendon Paolo, Ziviz Patrizia (a cura di), "*Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile"*, Giuffrè, Milano, 2000; Ponzanelli Giulio (a cura di), "*Critica del danno esistenziale"*, Cedam, Padova, 2003; Cendon Paolo, "*Il risarcimento del danno non patrimoniale. Parte speciale"*, tomo II, UTET, Torino, 2009; Franzoni Massimo, "*I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile"*, en Contratto e Impresa, 2009, pp. 1 y ss.; Ziviz Patrizia, *"Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio"*, Giuffrè, Milano, 2011.

(74) Corte Costituzionale 11 luglio 2003, n. 233, in Giurisprudenza Italiana*,* 2003, p. 1777; Cass. Sez. Civ. 31 maggio 2003, n. 8827 y 8828, en *Danno e Responsabilità,* 2003, pp. Y 816 ss.

(75) Así la doctrina refiere, cfr. Tullini Patrizia, "Il danno differenziale: conferme e sviluppi d'una categoria in movimento", en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2016, I, p. 499; Riverso Roberto, "Fondamento e limiti dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile", en *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali,* 2014, I, pp. y 663 ss.; Casola Maria, op. cit. pp. 113 y ss.; Giubboni Stefano, "Note d'attualità in tema di risarcimento del danno da infortunio sul lavoro", en *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2009, pp. 1 y ss.; Rossi Andrea, op. cit., pp. 316 y ss.; Marando Giuseppe, *"Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro"*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 501 y ss.. En jurisprudencia: Cass. Sez. Lav. 5 maggio 2005, n. 9353, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2006, II, pp. y 625; Cass. Sez. Lav. 21 marzo 2002, n. 4080, en *Giustizia Civile*, 2002, I, p. 913; Cass. Sez. Lav. 21 novembre 2001, n. 1114, en *Diritto ed Economia delle Assicurazioni*, 2003, p. 223; Trib. Pisa 3 maggio 2011, n. 308, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2012, II, p. 507; Trib. Reggio Calabria 9 giugno 2010, en *Foro Italiano*, 2011, I, c. 927; Trib. Tivoli 16 dicembre 2009, en *Diritto&Lavoro*, 2010, p. 138; Trib. Tivoli 18 novembre 2009, en *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2010, II, p. 351; Trib. Parma 18 giugno 2009, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2009, II; p. 1398; Trib. Vicenza 10 febbraio

que el INAIL responda por este tipo de daño, con un monto menor respecto al que el juez civil podría reconocer, esto porque las tablas de resarcimiento que los juzgados usan prevén montos mayores en comparación de los montos previstos por las tablas previstas por el Decreto Ministerial del 12 de julio de 2000.

Esta tesis establece que la cobertura asegurativa del daño biológico habría consentido a la regla de la exoneración, no solamente el hecho de superar las precedentes razones de inconstitucionalidad, sino también de ampliar su propia esfera aplicativa en correspondencia con la reciente extensión de la tutela asegurativa. En concordancia con el originario concepto de transacción social, la extensión de la aseguración habría así producido un automático efecto, ampliando proporcionalmente la regla de la exoneración, como un natural efecto de la ampliación aseguradora brindada al trabajador(76).

Todo este sistema evidentemente gira en torno a la idea que la función de la aseguración obligatoria sea aun la de sustituir a la responsabilidad civil, con la consecuencia que, una vez incluido en la cobertura asegurativa, el resarcimiento del daño biológico no sería más regulado por las normas del Código Civil, pero con los limites especiales previstos por los artículos 10 y 11 del Texto Único descrito anteriormente.

Esta concepción de la aseguración obligatoria no es diversa de la que al inicio del Siglo XX fue dada por la teoría del riesgo profesional, según la cual la aseguración representaba una tutela sustitutiva de la responsabilidad civil. Los interpretes que sostienen la ampliación de la regla de la exoneración, basan sus fundamentos en la teoría del riesgo, sosteniendo que la aseguración obligatoria debería tener la función de exonerar al empleador de la responsabilidad civil.

Sobreviven aun numerosas razones por manifestar que es infundada esta visión de la aseguración obligatoria, su función en el ordenamiento jurídico actual, debe ser reconstruida de manera coherente con la perspectiva de los principios constitucionales.

No parece justificado del punto de vista sistemático, continuar con proponer la misma lectura elaborada hace más de un siglo, sin tener en consideración los profundos cambios ocurridos durante todo este tiempo a nivel jurídico.

2009, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2009, II, p. 895; Trib. Torino 14 aprile 2006, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2007, II, p. 77; App. Milano 5 maggio 2006, en *Orientamenti della Giurisprudenza del Lavoro*, 2006, p. 690; Trib. Bassano del Grappa 24 gennaio 2006, n. 59, en *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2006, II, p. 80; Trib. Ravenna 22 marzo 2005, en *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2005, p. 979; App. Torino 23 novembre 2004, n. 1639, en *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2005, p. 51.

(76) En este sentido cfr. Cinelli Maurizio, *"Diritto della previdenza sociale"*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 492; Pessi Roberto, "*Lezioni di diritto della previdenza sociale*", Cedam, Padova, 2000, pp. 440 y ss.

VII. LA FUNCIÓN PREVISIONAL DE LA ASEGURACIÓN OBLIGATORIA Y SU AUTONOMIA RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La teoría del riego profesional, como ya se ha dicho, seguramente tuvo el mérito de consentir el parámetro al interno de la responsabilidad civil, de una tutela que a los inicios del siglo XX no hubiera encontrado otra explicación a falta de una madura concepción de la previsión social.

A pesar que ha trascurrido más de un siglo, no existe aún motivos suficientes para continuar refiriéndonos a esa teoría; la cual como demostró eficazmente la doctrina, era fundada en la indebida asimilación de la aseguración a la responsabilidad civil, confundiendo entre ellos institutos jurídicos profundamente diversos.

La aseguración obligatoria responde a su vez a una función típicamente social, y esto es demostrado por la definición de accidente de trabajo expuesto en el artículo 2 del Texto Único antes referido, el cual prescinde completamente de los criterio de imputación de la responsabilidad civil, para garantizar al trabajador una amplia tutela ante cualquier accidente originado por el trabajo.

Esta perspectiva ha encontrado una definitiva consagración en el artículo 38 segundo párrafo de la Constitución, el cual atendiendo a las tutelas preexistentes(77), ha garantizado a todos los trabajadores el derecho fundamental a una adecuada protección en el caso de necesidad a causa del trabajo.

La aseguración obligatoria se coloca aun en la perspectiva constitucional de liberar de la necesidad y en este sentido se pronunció muchas veces no solamente la Corte Constitucional(78) sino también la Corte de Justicia de la Unión Europea la cual ha expresamente reconocido la función "*exclusivamente social*" de esta tutela, justificando el monopolio del INAIL, atendiendo a las reglas europeas en materia de libertad de concurrencia(79).

(77) Mortati Costantino, "Il lavoro nella Costituzione", in Diritto del Lavoro, 1954, I, p. 148 ss.; Mengoni Luigi, I diritti sociali", en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1998, p. 3 ss.; Baldassarre Antonio, voce Diritti sociali, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XI, 1989, p. 1 ss.

(78) Entre tantas, cfr. Corte Costituzionale 14 luglio 1999, n. 297, en *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2000, II, p. 378**;** Corte Costituzionale 21 novembre 1997, n. 350, en *Danno e Responsabilità*, 1998, p. 141; Corte Costituzionale 19 gennaio 1995, n. 17, en *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1995, II, pp. 763 y ss; Corte Costituzionale 26 febbraio 1993, n. 71, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1994, II, p. 27; Corte Costituzionale 2 marzo 1991, n. 100, en *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 1991, II, p. 9; Corte Costituzionale 18 febbraio 1988, n. 179, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1988, II, p. 897; Corte Costituzionale 7 luglio 1986, n. 173, en *Foro Italiano*, 1986, I, c. 2087; Corte Costituzionale 5 febbraio 1986, n. 31, en *Foro Italiano*, 1986, I, c. 1770; Corte Costituzionale 26 aprile 1971, n. 80, en *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 1971, II, p. 147; Corte Costituzionale 8 luglio 1969, n. 116, en *Foro Italiano*, 1969, I, c. 665.

(79) Corte di Giustizia UE 22 gennaio 2002, c-218/00, en *Argomenti di Diritto del Lavoro,* 2003, pp. 343 y ss.

Es a partir de la visión de los principios constitucionales que entonces se tiene que resolver el problema de la relación entre la aseguración obligatoria y responsabilidad civil, debiéndose sobretodo considerar que la protección garantizada por el párrafo segundo del artículo 38 de la Constitución constituye objeto de un autónomo e incuestionable derecho del trabajador, que evidentemente no puede ser una alternativa al derecho fundamental a la salud, expuesto por el artículo 32 de la Constitución(80).

No hay motivos entonces para continuar con interpretar la relación entre estas tutelas a partir de la teoría del riesgo profesional, la cual, además de no tener fundamento jurídico, se pone en contradicción con los principios constitucionales, en la parte en la que exonera al empleador del resarcimiento del daño biológico diferencial y considera la tutela previsional como razón de exclusión del derecho a la reparación del daño a la salud expuesto por el artículo 32 de la Constitución.

Ni siquiera las tres sentencias en las cuales el juez constitucional ha instado a la inclusión del daño biológico en la aseguración obligatoria, han sido suficiente. Diversamente a lo que se podría pensar, aquellas sentencias constitucionales no intentaban otorgar a la aseguración obligatoria la función típicamente resarcitoria de la responsabilidad civil, sino afirmar simplemente que la tutela previsional no pudo permanecer extraña a los alcances estipulados en el artículo 32 de la Constitución, en el sentido que la tutela del derecho fundamental a la salud imponía una protección ulterior respecto a la simple tutela resarcitoria.

En concordancia, la Corte Constitucional había explícitamente esclarecido que la relevancia constitucional del derecho a la salud inducia a considerar "*no suficiente*" un tutela únicamente resarcitoria, haciendo a su vez innecesaria una "*garantía diferenciada y más intensa*" en el modo de asegurar "*aquella efectiva, oportuna y automática reparación del daño que la disciplina normalmente no esta en grado de brindar*"(81).

Ante esta situación, el Juez constitucional ha querido llamar la atención del legislador, respecto al hecho que a la falta de la aseguración obligatoria, el daño a la salud no habría recibido alguna protección en caso de accidente no imputable a la responsabilidad civil del empleador, generando en este modo un vacío en la tutela del derecho constitucional a la protección de la salud del trabajador.

Por lo tanto, el intento de aquel pronunciamiento no fue aquel de atribuir a la aseguración obligatoria la función propia de la responsabilidad civil, sino aquella de efectuar una unión directa entre los artículos 32 y 38 de la Constitución; requiriendo para ello

(80) Ludovico Giuseppe, "Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro", op. cit., p. 217 y ss.; Ludovico Giuseppe, "Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile", op. cit., p. 443 y ss.; Ludovico Giuseppe, "La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale", op.cit., pp. 1068 y ss.

(81) Asi, la Corte Costituzionale 15 febbraio 1991, n. 87, cit.; Corte Costituzionale 18 luglio 1991, n. 356, cit.; Corte Costituzionale 26 febbraio 1993, n. 71, op. cit.

una coherente adaptación del concepto de necesidad social al valor fundamental de la salud[82].

Si la regla de la exoneración, como se ha visto, es portadora de una visión incompatible con los principios constitucionales, no puede ser tampoco sobrevalorada la profunda transformación sufrida por aquella regla, a lo largo de su evolución. Aun formalmente vigente, la regla de la exoneración ha sido objeto, como se ha visto precedentemente, de un proceso gradual pero de imparable restricción de sus límites de aplicabilidad, tanto desde el punto de vista sustancial, como del procesal; por lo que, no es casualidad que de manera similar en otros ordenamientos europeos haya sufrido las mismas restricciones, hasta arribar a su definitiva eliminación[83].

De lo expuesto, se puede decir que el ordenamiento italiano, a aquella regla la ha mantenido vigente hasta estos días porque, básicamente, es carente de cualquier significado[84].

Entonces, es difícil comprender las razones por las cuales, en ausencia de cualquier pronunciamiento legislativo, esta regla debería ahora volver a expandir sus alcances, limitando el derecho del trabajador afectado al resarcimiento de aquella parte del daño biológico no restaurada por la indemnización previsional[85].

Por otro lado, subsisten motivos ulteriores que inducen a dudar de la actual vigencia de la regla de la exoneración.

Es preciso tener en cuenta la profunda lectura elaborada por la jurisprudencia, respecto de los alcances contenidos en el artículo 2059 del Código Civil, en el cual atendiendo a lo dispuesto en el artículo 185 Código Penal, que en general condicionaba el resarcimiento del daño no patrimonial, a la necesaria concurrencia de algún delito. Se trata evidentemente de un mecanismo que operaba en perfecta sintonía con la regla prevista en el artículo 10 del Texto Único al que referimos precedentemente, en ese sentido el tipo penal representaba el presupuesto del cual dependía, de forma simultánea, la activación de la responsabilidad civil y del resarcimiento del daño no patrimonial[86].

Las normas del Código Civil han estado profundamente revisadas por parte de la jurisprudencia constitucional y la Corte de Casación; en un primer momento ha sido admitida la posibilidad, en presencia del hecho constitutivo del delito, de presumir el

(82) Zoppoli Lorenzo, "Il danno biologico tra principi costituzionali, rigidità civilistiche e tutela previdenziale", en *Diritto delle Relazioni Industriali,* 2001, p. 394.

(83) De Matteis Aldo, op. cit., pp. 105 y ss.

(84) Marino Vincenzo, op. cit., p. 57; Pera Giuseppe, "L'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile secondo i giudici costituzionali", en *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali,* 1967, I, pp. 901 y ss.

(85) Ludovico Giuseppe, op. ult. cit., p. 281 ss.; Ludovico Giuseppe, "La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale", op. cit., pp. 1071 y ss.; Ludovico Giuseppe, Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile, cit., pp. 436 y ss.

(86) Marando Giuseppe, op. cit., p. 29.

elemento psicológico de la culpa[87]; mientras que en un segundo momento ha estado realizada una revisión "*constitucionalmente orientada*" de esta norma, excluyendo la aplicación de la condición penalista en presencia de lesiones de interés constitucionalmente relevante que definen en consecuencia las hipótesis en las cuales ha sido admitida la incondicionalidad del resarcimiento del daño no patrimonial[88].

La doctrina laboral se ha interrogado sobre la posible extensión de estos principios al mecanismo de la regla de la exoneración, concentrándose sobre todo en la posibilidad de recurrir a la presunción a fin de configurar el delito. En sentido contrario, ha sido relevante como la analogía entre las dos disposiciones ha sido evidenciada, a partir que el artículo 2059 del Código Civil ha delimitado un tipo de daño, el artículo 10 del Texto Único referido, ha condicionado a su vez la aplicación de la responsabilidad civil[89] a una lógica de transacción social que sería completamente anulada en caso de presunción de la existencia de un delito[90]. A esta objeción se ha hecho replica; de un lado, que la norma del Código Civil ha sido interpretada tradicionalmente como una condición de la responsabilidad resarcitoria y; de otro lado, que en materia del Derecho del Trabajo, la culpa del empleador puede ser ya presunta, en razón de la naturaleza contractual de la responsabilidad que deriva de la inobservancia e incumplimiento del deber de seguridad descrito en el artículo 2087 del Código Civil[91].

Estos cuestionamientos, ciertamente interesantes, no pueden distraer la atención del principio más importante emitido por el nuevo pronunciamiento jurisprudencial representado por la incondicionalidad del resarcimiento del daño no patrimonial, en presencia de lesiones de interés de la persona constitucionalmente protegidos.

En efecto, no es fácil comprender las razones por las cuales este principio, que ha logrado notoriedad en el ámbito de la responsabilidad civil, no pueda encontrar aplicación también en el Derecho del Trabajo, teniendo en cuenta el hecho que la lesión de los intereses constitucionalmente protegidos de la persona, es siempre presente en el accidente y la enfermedad profesional, a causa del desenvolvimiento personal del trabajador en la ejecución del contrato de trabajo[92].

(87) Cass. Sez. Civ. 12 maggio 2003, n. 7281, 7282, 7283, en *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2003, p. 676; Corte Costituzionale 11 luglio 2003, n. 233, op. cit., y Corte Costituzionale 12 dicembre 2003, n. 356, en *Giurisprudenza Italiana*, 2004, c. 1129.

(88) Cass. Sez. Civ. 31 maggio 2003, n. 8827 y 8828, op. cit.; Corte Costituzionale 11 luglio 2003, n. 233, op. cit.

(89) Alibrandi Giuseppe, op. cit., pp. 722 y ss.; Marando Giuseppe, op. cit., pp. 16 y ss.

(90) Riverso Roberto, op. cit., pp. 666 y ss.; Casola Maria, *op. cit.,* pp. 99 y ss.

(91) Giubboni Stefano, op. cit., pp. 13 y ss.

(92) Ludovico Giuseppe, "Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro", op. cit., pp. 295 y ss.; Ludovico Giuseppe, "La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale", op. cit., pp. 1072 y ss.; Ludovico Giuseppe, "Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile", op. cit., pp. 437 y ss.

En sentido contrario, no ha tenido importancia el hecho que aquel principio haya sido expuesto con particular referencia a la responsabilidad *aquiliana* del artículo 2059 del Código Civil, en tanto el empleador es llamado a responder por la omisión de lo dispuesto en el artículo 2087 del Código Civil a título de responsabilidad contractual. En efecto, con una famosa sentencia, la Corte de Casación ha sucesivamente esclarecido que la interpretación constitucionalmente orientada del artículo 2059 del Código Civil, consiente la aplicación del principio de la incondicionalidad del resarcimiento del daño no patrimonial, también en lo que corresponde a la responsabilidad contractual, reconociendo en el artículo 2087 del Código Civil un emblemático ejemplo de casuística en cual los intereses no patrimoniales de un contratante son directamente deducidos de la relación del contrato, en razón del deber contractual del empleador de tutelar "*la integridad física y la personalidad moral del trabajador*"(93).

Las opiniones más favorables para la conservación de la regla de la exoneración, aun objetan que los principios elaborados por la jurisprudencia para su aplicación en el ámbito general de la responsabilidad civil, no podrían ser accionables a esta regla particular, relativa solo a los accidentes de trabajo(94).

Es difícil pensar que la particularidad de la regla de la exoneración pueda justificar la no aplicación de los principios fundamentales del ordenamiento en materia de tutela a la salud del trabajador(95).

Asimismo, es difícil aceptar la idea que un límite que resulta ya inaplicable para los ciudadanos comunes, pueda sobrevivir únicamente para los trabajadores, en evidente contradicción, por la particular importancia que el trabajo asume en el ámbito de los principios constitucionales.

Entonces, no parece existir alternativas a la inminente derogación de la regla de la exoneración, a menos que quiera reconocérsele una eficacia absolutamente superior a aquella expuesta en los principios fundamentales del ordenamiento.

(93) Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro,* 2009, II, pp. 465 y ss.

(94) Riverso Roberto, op. cit., p. 666.

(95) Ludovico Giuseppe, "Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro", op. cit., pp. 300-301.

Por todas estas razones una parte amplia de la doctrina(96) y de la jurisprudencia(97) han considerado que la regla de la exoneración ha sido superada a partir de la evolución general del ordenamiento en materia de daño a la persona. En el mismo sentido se ha orientado una reciente sentencia de la Corte de Casación, según la cual las "*notables diferencias estructurales*" entre la tutela social y la responsabilidad civil impiden considerar los beneficios previsionales como plenamente satisfactorios del derecho al resarcimiento del daño biológico, excluyendo, al mismo tiempo, que la regla de la exoneración pueda limitar la plena satisfacción del derecho fundamental al completo resarcimiento del daño no patrimonial según las reglas comunes de la responsabilidad civil(98).

VIII. LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO DIFERENCIAL: COMPARACIÓN POR SIMPLES TIPOS DE DAÑO O POR IMPORTE TOTAL

Otra cuestión particularmente debatida y extremamente ligada al problema de la validez de la regla de la exoneración es la que establece los criterios de comparación entre indemnización y resarcimiento por la cuantificación del eventual daño diferencial que no es cubierto por las prestaciones sociales. Una cuestión que si se examina superficialmente, parecería de relevancia exclusivamente práctica y que muy por el contrario, efectuando un mayor análisis, se revela un particular significado sobre el plano teórico,

(96) De Matteis Aldo, *"La responsabilità del datore di lavoro"*, Aracne, 2013, pp. 105 y ss.; Ludovico Giuseppe, "Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro", op. cit., pp. 281 y ss.; Ludovico Giuseppe, "La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale", op. cit., pp. 1072 y ss.; Ludovico Giuseppe, "Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile", op. cit., pp. 437 y ss.; De Matteis Aldo, "Assicurazione infortuni: perché non esiste più la regola dell'esonero", en *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2011, pp. 355 y ss.; Dalla Riva Rolando, "Il "danno differenziale" negli infortuni sul lavoro. Le diverse proposte interpretative nell'attesa di un indirizzo di legittimità", en *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2014, I, pp. 547 y ss.; Bona Marco, voce Danno alla persona, en *Digesto Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, Agg., I, Utet, 2003, p. 652; Zoppoli Lorenzo, op. cit., p. 394.

(97) App. Venezia 14 giugno 2011, en *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2012, p. 375; Trib. Trieste 9 marzo 2011, n. 257, en *Guida al Diritto*, 2011, n. 24, p. 69; Trib. Nola 17 maggio 2010; Trib. Milano 25 marzo 2009, en *Orientamenti della Giurisprudenza del Lavoro*, 2009, p. 245; App. Salerno 21 luglio 2008, n. 901; Trib. S. Maria Capua Vetere 7 marzo 2008; Trib. Vicenza 30 giugno 2007, n. 1754; Trib. Bassano del Grappa 10 gennaio 2007, n. 57, en *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2007, n. 13, inserto; Trib. Vicenza 4 gennaio 2007, n. 321, en *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2007, II, p. 19; Trib. Camerino 19 luglio 2006; Trib. Treviso, 31 maggio 2006, en *Orientamenti della Giurisprudenza del Lavoro*, 2006, p. 921; Trib. Monza 16 giugno 2005, n. 1828, en *Responsabilità Civile*, 2006, p. 629; Trib. Treviso 21 aprile 2005, en *Rivista Giuridica del Lavoro Veneto*, 2005, p. 106; Trib. Pordenone 20 gennaio 2005, n. 2; Trib. Bassano del Grappa 2 dicembre 2004, n. 65, en *Rivista Giuridica del Lavoro Veneto*, 2005, p. 84; Trib. Genova 27 settembre 2004, en *Rivista Giuridica del Lavoro Veneto*, 2005, p. 91; Trib. Modena 12 maggio 2004, n. 190; Trib. Pinerolo 27 aprile 2004, n. 296, en *Diritto&Lavoro*, 2004, p. 943; Trib. Cagliari 20 febbraio 2003, n. 961, en *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali,* 2003, II, p. 65.

(98) Cfr. Cass. Sez. Lav. 19 gennaio 2015, n. 777, in Guida al Diritto, 2015, p. 64; Cass. Sez. Lav. 17 febbraio 2016, n. 3074, en *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2016, p. 405.

representado un ulterior terreno de comparación entre las diversas concepciones de la aseguración social.

Según la opinión tradicional, la comparación entre resarcimiento e indemnización debería ser hecha por individuales tipos de daño, debiendo distinguirse el daño *"diferencial"* del daño *"complementario"*[(99)]; a la primera categoría deberían pertenecer los tipos de daño incluido por la aseguración obligatoria, por las cuales la eventual diferencia respecto a las prestaciones sociales podrían ser resarcidas nomas en caso de superarse la regla de la exoneración; al contrario el daño complementario debería ser reconducidos a los tipos de daños que están fuera de la aseguración sociales y que como tales serian en vez resarcibles según las reglas de la responsabilidad civil[(100)].

Este criterio de comparación entre indemnización y resarcimiento debería de constituir, según tal opinión la consecuencia directa de las sentencias de 1991, con las cuales la Corte Constitucional habría determinado que el daño biológico estaba fuera de la aplicación de la regla de la exoneración, estableciendo así la necesaria diferenciación entre daños incluidos y daños no incluidos en la cobertura asegurativa[(101)].

Antes de profundizar en el análisis de la motivación teórica de este criterio, sobre todo debemos prestar atención a como la distinción entre daño diferencial y daño complementario, o sea daños incluidos o no incluidos en la aseguración social, no sea algo tan fácil y esto por la incertidumbre respecto a la cuantificación de muchos tipos de daño[(102)].

Algunos problemas subsisten sobre todo, respeto al daño biológico y al daño patrimonial, que sean inferiores al 6% y 15% y que como tales podrían ser encuadrados tanto en el daño diferencial, como parte del daño incluido dentro de la garantía asegurativa, como en el daño complementario; con partes autónomas del daño afuera del objeto de la aseguración.

Otras complicaciones derivan de hecho que el daño biológico o el daño patrimonial pueden ser evaluados en un primer momento de gravedad inferior a los límites antes señalados y en un segundo momento de gravedad superior, a causa de un empeoramiento de la contingencia. Es también posible que el daño en un primer momento fuera de la garantía aseguraría, pueda después superar el límite a causa de otro accidente o puede pasar que el daño evaluado por el INAIL de gravedad inferior al límite sea considerado de mayor gravedad en el ámbito resarcitorio civil.

---

(99) Para esta distincion, cfr. Marando Giuseppe, op. cit., p. 504.

(100) A favor de este criterio, cfr. Cass. 26 giugno 2015, n. 13222, en *Foro Italiano,* 2015, I, c. 3169; Trib. Brescia 13 gennaio 2011, n. 61; Trib. Milano 9 giugno 2009 n. 7515; Trib. Piacenza 25 marzo 2009, n 162; Trib. Como 12 luglio 2007; Trib. Vicenza 10 ottobre 2006, n. 240; Trib. Monza 16 giugno 2005, n. 1828, cit.; Trib. Bassano del Grappa 2 dicembre 2004, n. 65, cit.

(101) Giubboni Stefano, op. cit., pp. 30 y ss.; Casola Maria, *op. cit.,* pp. 123 y ss.

(102) Para un completo análisis de estos aspectos, cfr. Ludovico Giuseppe, Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro, op. cit., pp. 256 y ss.

Una incertidumbre más se revela, en la calificación del daño biológico temporal el cual no está comprendido en la aseguración social, la cual se limita a tutelar el daño bilógico permanente. Se podría entonces indiferentemente sostener que el daño bilógico temporal represente un tipo de daño diferencial, como subcategoría del daño biológico permanente o que el mismo tenga naturaleza complementaria porque se reconoce la temporalidad como un trato peculiar de ese tipo de daño.

La doctrina ha dado respuestas diferentes también por el daño existencial, el cual en línea general debería de ser encuadrado en el daño complementario porque esta afuera de la aseguración social(103), pero podría ser cualificado como daño diferencial donde el daño biológico fuera evaluado por el médico del INAIL también en sus "*aspectos dinámicos relacionales*" como está previsto por el literal *a)* del párrafo segundo del artículo 13 del Decreto Legislativo N° 38 del 2000(104).

Problemas más complicados aparecen también en el supuesto de muerte del trabajador. La cuestión se coloca dentro del debate que reguarda la autónoma configuración del daño por perdida de vida, el cual ha sido al inicio admitido por el juez competente(105), para ser definitivamente excluidos de una reciente sentencia casatoria(106).

La problemática nace del hecho que la aseguración social no prevé en caso de muerte inmediata, una indemnización para el trabajador fallecido, mientras reconoce a los derechos habientes, el derecho a una prestación que es calculada exclusivamente en razón del criterio patrimonial de la contraprestación, en favor del familiar *superstite*. Se debería entonces entender que solamente el daño patrimonial *iure hereditatis*(107) sería calificable como daño diferencial y como tal normado por la regla de la exoneración, mientras el daño *iure proprio* debería ser encuadrado en el daño complementario y como tal resarcibles, según las reglas de la responsabilidad civil(108).

La comparación entre el resarcimiento y la indemnización por individuales tipos de daño producen numerosas complicaciones que sería suficiente para excluir cualquier distinción entre daños diferencial y complementario. No faltan todavía otras razones que inducen a rechazar esa distinción, la cual se pone en contradicción con cuanto afirmó la casación antes citada, la cual ha definido el daño no patrimonial como una "*categoría*

(103) Asimismo, Tullini Patrizia, op. cit., p. 494; Poletti Dianora, Danni alla persona e infortuni sul lavoro (con osservazioni sul funzionamento della riforma Inail), in Responsabilità Civile e Previdenza, 2004, p. 955-956; Poletti Dianora, I riflessi del revirement giurisprudenziale nel settore Inail, in Navarretta Emanuela (a cura di), I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione, Giuffrè, 2004, p. 98; Marando Giuseppe, op. cit., p. 451.

(104) Sapone Natalino, "I danni nel rapporto di lavoro", Giuffrè, 2009, pp. 161 y ss.

(105) Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361, en *Foro Italiano*, 2014, I, c. 719 y ss.

(106) Cass. Sez. Un. 22 luglio 2015, n. 15350, en Foro Italiano, 2015, I, c. 2682.

(107) En el ordenamiento italiano, se diferencian las acciones iure proprio, mediante las cuales los herederos asisten por el resarcimiento del daño personalmente acaecido a título de responsabilidad extracontractual; de las acciones iure hereditatis, en las cuales los herederos asisten por el resarcimiento del daño sufrido por el causante a título de responsabilidad contractual.

(108) Ludovico Giuseppe, "Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile", op. cit., pp. 440.

general que no se puede dividir en subcategorías individualmente nombradas", negando en ese sentido cualquier autonomía a los individuales componentes del daño biológico, existencial y moral[109].

La comparación entre resarcimiento e indemnización a partir de individuales tipos de daño consentiría al trabajador obtener el integro resarcimiento de daños excluidos por al aseguración social también cuando, de los daños por esta cubiertos, habría recibido un monto superior al relativo resarcimiento. Es lo que sucede, por ejemplo, en el caso del concurso de culpa del trabajador, el cual tiene derecho a recibir la integra prestación social, que podría así revelarse como un monto superior al resarcimiento de daños excluidos por la cobertura asegurativa.

Independiente de ello, la principal razón que se opone a la comparación por individuales tipos de daño esta constituida por la presunta validez de la regla de la exoneración. En ese sentido, es necesaria la comparación por individuales tipos de daños, para poder distinguir los daños que están dentro de la cobertura asegurativa, de los que son excluidos y como tales resarcibles fuera de la condición penalista del artículo 10 del Texto Único citado anteriormente.

Una vez que se haya demostrado las razones de la superación de esta regla, no subsistirán motivos para continuar con hacer distinción entre el daño diferencial y el daño complementario. Y esa regla, como ya se ha dicho, se pone en contradicción, por un lado con la autonomía funcional de la tutela previsional respecto de la responsabilidad civil; y por el otro, con la observación constitucionalmente orientadas que la jurisprudencia ha otorgado para el mecanismo previsto en el artículo 2059 del Código Civil.

Poco concordante es también el asunto según el cual la diferenciación entre el daño diferencial y complementario seria impuesta por las sentencias de la Corte Constitucional de 1991, las cuales habían reconocido la incondicionalidad del resarcimiento de daño biológico. Se necesita también recordar que el juez constitucional había arribado a esa decisión por sustraer el daño biológico de la regla de la exoneración, con la consecuencia que una vez que se había demostrado el inevitable superación de esa regla ya no tiene ningún sentido la distinción entre tipos de daño que ya están bajo la misma disciplina del derecho común.

Esa distinción tendría el efecto singular, como ya se ha dicho, de hacer perpetuo en la disciplina asegurativa esa fragmentación del daño no patrimonial que la casación antes descrita, a su vez quiso evitar.

Se necesita también considerar otro aspecto, en la compleja temática de la relación entre la responsabilidad civil y tutela previsional. La tesis que afirma la necesidad de una comparación por singulares tipos de daños se mueve de hecho por el asunto que

(109) Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, op. cit.

tal vez es explícito[110], que los dos mecanismo serian cualitativamente homogéneos y como tales analíticamente comparables por contenidos.

Pensar en que estos mecanismos tan diferentes pudieran tener una comparación analítica solo por singulares tipos de daño, sería como presumir de la identidad de sus funciones, replicando así la misma equivocación desde la cual se originó la errónea concepción de la aseguración obligatoria como una tutela resarcitoria fundada por el criterio de responsabilidad objetiva[111].

Entre las dos tutelas subsiste una "*diversidad ontológica*"[112], que se manifiestan no solo en los respectivos presupuestos, sino también en los contenidos; mientras que el resarcimiento es cuantificado por la exacta entidad del daño y es condicionado por la imputabilidad del ilícito, en la aseguración social se prescinde de la imputación civil del daño, dándole medida a las propias prestaciones, atendiendo siempre a la exigencia de garantizar el equilibrio financiero respecto a las contribuciones pagadas.

Esta diferencia estructural no es superada por la inclusión del daño biológico en la aseguración obligatoria en la que, como esta precisado en el artículo 13 del Decreto Legislativo N° 38 del 2000 y como ha sostenido también la Corte Constitucional[113], se ha realizado en el ámbito de un sistema que todavía es constitucionalmente orientado al objetivo de la liberación de la necesidad y no aquel típicamente resarcitorio de la integral reparación del daño.

Esta claro que a este punto, entre sistemas así tan heterogéneos, la única comparación posible es entre los respectivo importes a pagar. En ese sentido, se ha expresado el orientalmente más difundido, tanto en doctrina[114] como en jurisprudencia[115], por el

(110) Asimismo, Casola Maria, op. cit., p. 127.

(111) Sobre este punto, cfr. Ludovico Giuseppe, "Sui limiti e contenuti della responsabilità solidale negli appalti per i danni da infortunio e malattia professionale", en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2011, pp. 567 y ss.

(112) Così Corte Costituzionale 26 febbraio 1993, n. 71, op. cit.

(113) Corte Costituzionale 19 dicembre 2006, n. 426, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2007, II, p. 1343.

(114) De Matteis Aldo, op. cit., p. 86 ss.; De Matteis Aldo, "Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni Unite del 2008", en "Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale", 2010, p. 402; Ludovico Giuseppe, "Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro", op. cit., pp. 307 y ss.; Ludovico Giuseppe, "La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale", op. cit., pp. 1075 y ss.; Ludovico Giuseppe, "Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile", op. cit., pp. 443 y ss.

(115) Cass. 19 gennaio 2015, n. 777, cit.; Trib. Vicenza 29 aprile 2014, n. 1231; Trib. Piacenza 18 febbraio 2012, n 102; Trib. Reggio Emilia 7 marzo 2011, n. 330; Trib. Milano 4 febbraio 2011, n. 622; Trib. Milano 1 febbraio 2011, n. 519; Trib. Milano 2 novembre 2010, n. 4852; Trib. Siena 27 ottobre 2010, n. 554; Trib. Milano 31 agosto 2010, n. 3562; Trib. Pisa 3 giugno 2010, n. 733; Trib. Montepulciano 19 giugno 2009, n. 149; Trib. Milano 9 giugno 2009, n. 7515; Trib. Piacenza 4 giugno 2009, n. 401, en *Giurisprudenza di Merito*, 2010, p. 97; Trib. Pordenone 12 marzo 2009, n. 40; Trib. Vicenza 10 febbraio 2009, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2009, II, p. 895; Trib. Roma 8 gennaio 2009, n. 93; Trib. Novara 12 giugno 2008; App. Milano 4 giugno 2007, n. 506; Trib. Milano 10

cual el eventual mayor daño debe ser calculado simplemente sustraendo el importe de la indemnización del monto total del resarcimiento, tanto por los tipos de daño incluidos en la cobertura de la indemnización como por los excluidos. Los eventuales importes excedentes respecto a las prestaciones sociales podría corresponder al daño diferencial por el cual el trabajador tiene derecho accionar el resarcimiento según las comunes reglas de la responsabilidad civil.

Se regresa así a la originaria regla establecida por el séptimo párrafo del artículo 10 del Texto Único antes mencionado, el cual en concordancia con la diversidad estructural entre los mecanismos ya preveían que el daño diferencial sea calculado mediante una simple sustracción del valor de la indemnización del importe del resarcimiento. De esta regla, como se ha dicho, el juez constitucional ha debido de alejarse temporalmente, para evitar que la condición penalista de la regla de la exoneración pudiese aplicarse al resarcimiento del daño biológico. Ahora, a esta regla entonces tendría que regresarse, ateniendo a que la regla de la exoneración puede ser considerada como definitivamente superada por la evolución del ordenamiento.

IX. CONCLUSIONES

Las diversas cuestiones que hacen aun ahora inciertas la relación entre la aseguración obligatoria y al responsabilidad civil son de cualquier manera ligadas al problema de la función jurídica de la protección social, porque esta ve actualmente contraponerse su tradicional concepción, como mecanismo resarcitorio; a una más moderna lectura, como tutela de naturaleza previsional.

Estas incertidumbres son alimentadas por el hecho que tanto los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales representan un natural punto de encuentro entre la responsabilidad civil y la tutela previsional, porque son contingencias que por su naturaleza pueden tener relevancia en las dos disciplinas.

La ampliación de la tutela previsional, su organización pública y la relevancia de la solidaridad general como principio fundamental del ordenamiento han definitivamente aclarado la ontológica diversidad entre las tutelas.

BIBLIOGRAFÍA

- AGNELLI Arnaldo, voce Infortunii degli operai sul lavoro, in Enciclopedia Giuridica Italiana, vol. VIII, I, Soc. Ed. Libraria, Milano, 1902.
- ALIBRANDI Giuseppe, Infortuni sul lavoro e malattie professionali, Giuffrè, Milano, 2002.
- ALPA Guido, La Responsabilità civile. Parte generale, Utet, Torino, 2010.

maggio 2005, n. 5298; Trib. Rovereto 21 aprile 2005, en *Rivista Giuridica del Lavoro Veneto*, 2005, p. 101; Trib. Torino 9 novembre 2004, en *Rivista Giuridica del Lavoro Veneto*, 2005, p. 97.

- BALANDI Gian Guido, Un caso di archeologia giuridica: ciò che resta oggi del "rischio professionale", in Rivista Giuridica del Lavoro, 1976, III.
- BALDASSARRE Antonio, voce Diritti sociali, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Vol. XI, 1989.
- BARASSI Lodovico, Diritto del lavoro e assicurazioni sociali, Giuffrè, Milano, 1930.
- BARASSI Lodovico, Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano, Soc. Ed. Libraria, Milano, 1901 e 1917.
- BARASSI Lodovico, Natura giuridica dei contributi obbligatori nelle assicurazioni sociali, in Assicurazioni Sociali, 1933.
- BONA Marco, voce Danno alla persona, in Digesto Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Agg., I, Utet, 2003.
- BORTOLOTTO Guido, Commento al Testo Unico di Legge per gli infortuni degli operai sul lavoro (R.D. 31 gennaio 1904, n. 51), E. Pietrocola, Napoli, 1904
- CARNELUTTI Francesco, Infortuni sul lavoro. Studi, Athenaeum, Roma, 1913, vol. I.
- CASOLA Maria, Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale, in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2009, I.
- CASTELVETRI Laura, Il diritto del lavoro delle origini, Giuffrè, Milano, 1994.
- CASTRONOVO Carlo, Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi, in Jus, 1985.
- CASTRONOVO Carlo, Danno alla salute e infortuni. La Corte Costituzionale e i diritti secondi, in Foro Italiano, 1995, I.
- CASTRONOVO Carlo, Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale, Giuffrè, Milano, 1998.
- CASTRONOVO Carlo, La nuova responsabilità civile, Giuffrè, Milano, 1997 e 2006.
- CAZZETTA Giovanni, Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914), Giuffrè, Milano, 1991.
- CENDON Paolo, Il risarcimento del danno non patrimoniale. Parte speciale, tomo II, UTET, Torino, 2009.
- CENDON Paolo, ZIVIZ Patrizia (a cura di), Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile, Giuffrè, Milano, 2000.
- CHERUBINI Arnaldo, Introduzione storica alle assicurazioni sociali in Italia (1900-1965). II. Il 1898. Assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e Cassa nazionale di previdenza, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 1968, I.

- CHERUBINI Arnaldo, Storia della previdenza sociale, Ed. Riuniti, Roma, 1977.
- CHIRONI Gian Pietro, Della responsabilità dei padroni rispetto agli operai e della garanzia contro gli infortunii del lavoro, in Studi Senesi, I, 1884.
- CHIRONI Gian Pietro, La colpa nel diritto civile odierno. II. Colpa extra-contrattuale (aquiliana), vol. I, Bocca, Torino, 1886.
- CINELLI Maurizio, Diritto della previdenza sociale, Giappichelli, Torino, 2012.
- COMPORTI Marco, Fatti illeciti: le responsabilita' oggettive. Artt. 2049-2053, in Il codice civile. Commentario Schlesinger e Busnelli, Giuffrè, Milano, 2009.
- CORRIAS Paoloefisio, Garanzia pura e contratti di rischio, Giuffrè, Milano, 2006.
- DALLA RIVA Rolando, Il "danno differenziale" negli infortuni sul lavoro. Le diverse proposte interpretative nell'attesa di un indirizzo di legittimità, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 2014.
- DE MATTEIS Aldo, Assicurazione infortuni: perché non esiste più la regola dell'esonero, in Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2011.
- DE MATTEIS Aldo, Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni Unite del 2008, in Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2010.
- DE MATTEIS Aldo, La responsabilità del datore di lavoro, Aracne, Roma, 2013.
- EWALD François, L'Etat providence, Grasset, Paris 1989.
- EXNER Adolf, Der Begriff der höheren Gewalt (vis maior) im römischen und heutigen Verkehrsrecht, Scientia, Neudruck-Aalen, 1970 (rist. ed. Wien, 1883).
- FERRARIS Carlo Francesco, Gli infortuni sul lavoro e la legge, Botta, Roma, 1897.
- FONTANA Antonio, Il rischio professionale: aspetti storici e profili di attualità, in Aa.Vv., 1898-1998. Esperienze, evoluzione e prospettive della assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Aspetti giuridici, economici, medico-legali, tecnici e statistici, Ed. Inail, Roma, 1999.
- FRANCO Massimiliano, Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro, F.Angeli, Milano, 1995.
- FRANZONI Massimo, I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile, in Contratto e Impresa, 2009.
- FUSINATO Guido, Scritti giuridici, Bocca, Torino, 1921, vol. II.
- GAETA Lorenzo, Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro, Esi, Napoli, 1986.
- GAETA Lorenzo, L'influenza tedesca sulla formazione del sistema previdenziale italiano, in Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industrali, 1992.

- GAETA Lorenzo, Le false inadeguatezze del diritto privato rispetto al primo diritto del lavoro: una storia esemplare, in Mazzacane Aldo, Schiera Pierangelo (a cura di), Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana, Il Mulino, Bologna, 1990.
- GITTER Wolfgang, Schadensausgleich im Arbeitsunfailrecht. Die soziale Unfallversicherung als Teil des allgemeinen Schadensrechts, Tübingen, Morh, 1969.
- GIUBBONI Stefano, Le "contraddizioni" dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, tra vecchio e nuovo diritto, in Diritto del Lavoro, 2001.
- GIUBBONI Stefano, LUDOVICO Giuseppe, ROSSI Andrea, Infortuni sul lavoro e malattie professionali, Cedam, Padova, 2014.
- GIUBBONI Stefano, Note d'attualità in tema di risarcimento del danno da infortunio sul lavoro, in Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2009.
- GIUBBONI Stefano, ROSSI Andrea, Infortuni sul lavoro e risarcimento del danno, Giuffrè, Milano, 2012.
- HERNANDEZ Salvatore, Il sistema dell'assicurazione contro gli infortuni: la verifica dei concetti-cardine a distanza di un secolo, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 1998.
- IRTI Natalino, L'età della decodificazione, Giuffrè, Milano, 1999.
- JHERING von Rudolf, Das Schuldmoment in römischen Privatrecht, in Vermischte Schriften, Leipzig, 1879.
- LUDOVICO Giuseppe, Il danno biologico negli infortuni sul lavoro e nelle malattie professionali (prima e dopo il d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38), in Pedrazzoli Marcello (a cura di), I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza, Cedam, Padova, 2004.
- LUDOVICO Giuseppe, Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 2015.
- LUDOVICO Giuseppe, La definizione legislativa dell'infortunio in itinere tra estensione della tutela e selezione dei soggetti, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 2002.
- LUDOVICO Giuseppe, La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale, in Diritto delle Relazioni Industriali, 2013.
- LUDOVICO Giuseppe, Per una rilettura costituzionalmente coerente delle azioni di rivalsa dell'Inail, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 2014.
- LUDOVICO Giuseppe, Sui limiti e contenuti della responsabilità solidale negli appalti per i danni da infortunio e malattia professionale, in Argomenti di Diritto del Lavoro, 2011.

- LUDOVICO Giuseppe, Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro, Giuffrè, Milano, 2012.
- MAIORCA Carlo, voce Colpa Civile, in Enciclopedia del Diritto, VII, Giuffrè, Milano, 1960.
- MARANDO Giuseppe, Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro, Giuffrè, Milano, 2003.
- MARINO Vincenzo, La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro, F.Angeli, Milano, 1990.
- MENGONI Luigi, I diritti sociali, in Argomenti di Diritto del Lavoro, 1998.
- MONTELEONE Giulio, La legislazione sociale al Parlamento italiano. Gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile dei padroni. 1879-1886, in Movimento operaio e socialista, XXII, 1976.
- MONTUSCHI Luigi, La tutela contro gli infortuni dal 1898 ad oggi: cent'anni di storia, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 1998.
- MORTATI Costantino, Il lavoro nella Costituzione, in Diritto del Lavoro, 1954.
- NATULLO Gaetano, Danno alla salute e infortuni sul lavoro: l'"ottica costituzionale", in Aa.Vv., Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro, Giuffrè, Milano, 2002.
- PERA Giuseppe, L'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile secondo i giudici costituzionali, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 1967.
- PERSIANI Mattia, Considerazioni sulle motivazioni ideologiche della assistenza e della previdenza sociale e sulla loro evoluzione dovuta all'idea della sicurezza sociale, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 1973.
- PERSIANI Mattia, Il rischio professionale, in Aa.Vv., Il rischio professionale, Giuffrè, Milano, 1977.
- PERSIANI Mattia, Il sistema giuridico della previdenza sociale, Cedam, Padova, 1960.
- PESSI Roberto, La riforma previdenziale del '95: il ritorno al modello assicurativo, in Diritto del Lavoro, 1995.
- PESSI Roberto, Lezioni di diritto della previdenza sociale, Cedam, Padova, 2000.
- POLETTI Dianora, Danni alla persona e infortuni sul lavoro (con osservazioni sul funzionamento della riforma Inail), in Responsabilità Civile e Previdenza, 2004.

- POLETTI Dianora, I riflessi del revirement giurisprudenziale nel settore Inail, in Navarretta Emanuela (a cura di), I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione, Giuffrè, 2004.
- PONZANELLI Giulio (a cura di), Critica del danno esistenziale, Cedam, Padova, 2003.
- RIVERSO Roberto, Fondamento e limiti dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 2014.
- RODOTÀ Stefano, Il problema della responsabilità civile, Milano, Giuffrè, 1964
- RODOTÀ Stefano, Proprietà e industria. Variazioni intorno alla responsabilità civile, in Pol. Dir., 1978.
- ROSSI Andrea, La compromissione dell'integrità psico-fisica del lavoratore subordinato: livelli di protezione e profili evolutivi delle forme di tutela, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 2004.
- SANTORO PASSARELLI Francesco, Dalla vecchia legislazione infortunistica alle attuali forme assicuratrici, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 1952.
- SANTORO PASSARELLI Francesco, Rischio e bisogno nella previdenza sociale, in Rivista Italiana di Previdenza Sociale, 1948.
- SAPONE Natalino, I danni nel rapporto di lavoro, Giuffrè, 2009.
- Schupfer Francesco, La responsabilità dei padroni per gli infortuni sul lavoro, Botta, Roma, 1883.
- TRIMARCHI Pietro, Rischio e responsabilità oggettiva, Milano, Giuffrè, 1961.
- TULLINI Patrizia, Il danno differenziale: conferme e sviluppi d'una categoria in movimento, in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2016.
- VILLARI Pasquale, Gl'infortuni sul lavoro, in Nuova Antologia, 1 febbraio 1898.
- ZIVIZ Patrizia, Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio, Giuffrè, Milano, 2011.
- ZOPPOLI Lorenzo, Il danno biologico tra principi costituzionali, rigidità civilistiche e tutela previdenziale, in Diritto delle Relazioni Industriali, 2001.

LA RELACIÓN APORTE-BENEFICIO EN LOS SISTEMAS DE PENSIONES DEL PERÚ

Eduardo Marcos Rueda[1]
(Perú)

RESUMEN: Los sistemas contributivos se basan en el aporte o cotización de los entes involucrados. Por lo general, son empleador y trabajador, y en algunas legislaciones se ha incorporado al Estado, como tercer aportante. La importancia de la cotización es fundamental para la vigencia de estos sistemas. Y, además, significa la referencia sustancial para el cumplimiento de las condiciones de un derecho y la fijación de las cuantías a otorgar. Allí es donde nace su relación con el beneficio.

El presente comentario se refiere a la importancia de la cotización en los sistemas contributivos para ambos objetivos: el financiamiento y sostenibilidad del sistema y la obtención del derecho y el cálculo de una prestación. En cualquier caso, la relación entre ambos conceptos resulta fundamental, por ello la necesidad de observar diferentes aspectos teóricos que los rodean y su posterior aplicación, de acuerdo a la legislación vigente, en nuestro caso, en el Perú.

Palabras claves: Aporte, cotización, contributivos, tripartismo.

I. INTRODUCCIÓN

La Seguridad Social tiene en sus sistemas contributivos una de las líneas de acción más importantes. Si bien, en los

(1) Abogado, magister y Doctorando por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

últimos años los denominados sistemas no contributivos vienen ampliando la cobertura a personas de menores recursos, se mantiene vigente la contribución, cotización o aporte como base fundamental para la cobertura de los sistemas, sean de salud o de pensiones.

Y siendo la cotización la base para estos sistemas, es importante un análisis que comprenda no sólo el simple depósito del aporte a la entidad de Seguridad Social sino un conjunto de situaciones que determinan su relación con el beneficio o con otros aspectos como el financiamiento del propio sistema que lo reconoce.

Es por esa razón que el tema resulta amplio.

Las legislaciones han tratado de recoger todas las incidencias del aporte o cotización desde la creación de un sistema, la fijación de la fecha de inicio de la cotización (que no siempre es la misma que el inicio del sistema), la obligación del descuento, la obligación del depósito ante la entidad de Seguridad Social, la acumulación en un fondo, las inversiones de dicho fondo, el reconocimiento de los derechos o beneficios, entre otras.

Y en el caso de la relación aporte-beneficio, materia del presente comentario, a lo largo de la vigencia del sistema se presentan muchas situaciones específicas, alguna de las cuales son recogidas en la legislación conforme se vayan presentando y, en otras, quedan como un vacío legal, necesario de ser actualizado constantemente. Es importante revisar algunas de esas situaciones cuya normatividad no siempre se ha basado en fundamentos técnicos.

En nuestro país la relación aporte-beneficio ha dado lugar a situaciones en todos los regímenes generales, especiales y complementarios. En este caso, el análisis comprenderá principalmente los regímenes generales de pensiones, esto es, el Sistema Nacional de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones que cubren los porcentajes más altos de la población trabajadora cubierta por la Seguridad Social.

II. ASPECTOS CONCEPTUALES

La OIT indica que los países altamente industrializados tuvieron, por lo general, tres fases, la fase de paternalismo, la del seguro social y la de la seguridad Social (OIT, 1984; 19); sin embargo, las dos últimas fueron esencialmente contributivas y se basan en la relación que venimos comentando.

En un sistema contributivo, el aporte o cotización puede ser considerada como un porcentaje de la remuneración o ingreso del trabajador que, en condición de obligatorio, debe efectuarse a un sistema de seguridad social por el propio trabajador (aporte personal o individual), del trabajador y empleador (bipartito) o del trabajador, empleador y Estado (tripartito), que parte de su condición de afiliado y que se constituye en la principal fuente de financiamiento.

Sin embargo, esta recaudación de fondos puede provenir también de impuestos generales establecidos por el Estado. En éste último caso, pueden ubicarse los llamados sistemas no contributivos.

La excepción a esta idea general es la cotización de los pensionistas que sin ser trabajadores cumplen con pagar un aporte para las atenciones asistenciales médicas que reciben.

El Doctor Rendón indica que los recursos provenientes de la aportaciones se emplean en "el suministro de las prestaciones, en la administración y en la constitución de una reserva" (Rendón, 2008; 360) En efecto, en algunos casos depende del modelo de financiamiento y uno de ellos es aquel en que se pueden acumular en un fondo de reserva cuya rentabilidad va acrecentándolo (sistema o modelo de capitalización colectiva, beneficio definido) y, recientemente, capitalización individual o cotización definida).

El cumplimiento del aporte o cotización está relacionada con el principio de solidaridad y graficado en el hecho de que, como señala Buenaga, "Cada uno de estos miembros está dispuesto a prestar auxilio a aquellos otros que lo necesiten (a asumir esta obligación) en la firme creencia de que los demás le ayudarán a él" (Buenaga, 2017; 285) agregando que "la exigencia de solidaridad ha de traducirse fundamentalmente, a nuestro juicio, en el deber de todo individuo de contribuir económicamente al sostenimiento del sistema de protección social, al objeto de que este pueda disponer de los recursos necesarios para hacer frente a las diferentes situaciones de necesidad social" (Buenaga, 2017; 288)

De otra parte, el beneficio es la prestación que se ofrece, otorga o reconoce a los afiliados a un sistema de seguridad social bajo determinadas condiciones que debe cumplir directamente el propio afiliado o sus familiares más cercanos, según sea el caso.

En el beneficio o las prestaciones la relación es respecto del principio de la integridad a lo cual se le agrega la oportunidad y suficiencia. Esto es, que las prestaciones deben cubrir la totalidad de las contingencias que generen estados de necesidad, deben otorgarse en el momento en que se requieren y deben ser lo suficientes como para una vida digna.

También cabe en esta parte distinguir las prestaciones clásicas de salud y económicas, las de corto o largo plazo.

En efecto, la OIT se refiere a las prestaciones ciñéndose al Convenio 102 en las ramas de asistencia médica, enfermedad, maternidad; de desempleo; familiares; de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; y de invalidez, vejez y sobrevivientes (OIT, 1987; 22). A su vez, habría que agregar diversos aspectos colaterales como las condiciones de calificación, cuantía de las prestaciones, revalorización en el tiempo, duración, etc.

Como señala también la propia OIT, el financiamiento de la seguridad social ha ido modificándose en el tiempo y según los países. Algunos la financian a través de impuestos generales que pagan los ciudadanos, otros con cotizaciones de los trabajadores y los empleadores, y en algunos países se incluye al Estado, como tercer aportante (OIT, 1984; 100)

Además, indica que una de las facetas de la relación es que "… los recursos deben recaudarse de una manera regular y sistemática, mientras que los beneficiarios adquieren

derecho a las prestaciones en fechas muchas veces imprevisibles, escalonadas a intervalos irregulares y por períodos que a menudo pueden conocerse de antemano." (OIT, 1987; 119)

III. LA IMPORTANCIA DEL APORTE EN LOS SISTEMAS CONTRIBUTIVOS

En todo sistema contributivo el aporte o la cotización es la base de su funcionamiento y, más aun, de su sostenibilidad en el tiempo. Y es acá donde se presenta la situación del cumplimiento de la obligación previa al otorgamiento del derecho. La obligatoriedad previa del pago está dirigida a garantizar la sostenibilidad del sistema en cambio la no obligatoriedad flexibiliza y permite la obtención del derecho, dejándolo para un control y ejecución del pago, posterior.

En tal sentido, la importancia se basa en dos objetivos: el equilibrio económico-financiero y los beneficios. En este último aspecto, el Tribunal Constitucional se ha referido a la intangibilidad de los fondos de la seguridad social:

> **"Expediente N° 00014-2007-AI/TC**
>
> *Fundamento 31. (...) La intangibilidad a la que alude el artículo 12° de la Constitución tiene por propósito asegurar que los fondos y las reservas de la seguridad social no sean destinados a fines distintos del aseguramiento y la garantía del pago de una pensión (artículo 11° de la Constitución) acorde con el principio-derecho de dignidad, reconocido por el artículo 1° de la Norma Fundamental. (...)".*

Definitivamente, estos objetivos del destino de los aportes, sin bien son diferentes, también son sustanciales para el funcionamiento de un sistema. No obstante, debido a la responsabilidad que corresponde –sea el empleador o el trabajador – es que se puede flexibilizar en su pago mismo.

La obligación de aportar

La obligación es inherente a condición de pertenencia a un sistema de Seguridad Social. En el Perú, el sistema de Seguridad Social tiene el carácter de obligatorio para su afiliación y, por tanto, para su aportación o cotización. La obligatoriedad corresponde a los trabajadores con relación de dependencia laboral formal. Es decir, la afiliación resulta una situación inherente a la cotización.

Sin embargo, especialmente en el Sistema Privado de Pensiones comprende dos tipos de afiliados: afiliados propiamente (obligatorios) y cotizantes. Evidentemente se trata de dos situaciones que se van a ver reflejadas en el derecho a las prestaciones o en la cuantía de ellas.

Un caso singular relacionado con lo expuesto fue el de los trabajadores independientes. Ellos no tienen la condición de afiliados obligatorios. En el año 2013 por Ley 29903 se dispuso su obligatoriedad desde el 1 de agosto de 2013. Posteriormente, por

Ley 30082, fue suspendido a partir del 23 de setiembre de 2013 para que tenga vigencia desde el 1 de agosto de 2014 y se modificó los tipos de aportaciones. Finalmente, la Ley 30237 se derogó definitivamente, dejando sin efecto esa obligatoriedad para los trabajadores independientes.

El trabajador independiente ha vuelto, entonces, a su anterior situación: inscribirse y aportar voluntariamente, sea como asegurado facultativo en el SNP o independiente o voluntario en el Sistema Privado.

En el caso de los pensionistas para el régimen de prestaciones de salud tienen también una condición especial. Tienen derecho a las prestaciones asistenciales (no, económicas) de éste régimen, en la medida que realizan un aporte (4%) de su pensión mensual.

La fecha a partir de la cual se debe aportar

Por lo general, las legislaciones especifican el inicio del sistema y, consecuentemente, el inicio de los aportes. Sin embargo, en algunas van de manera independiente. Es el caso de los seguros sociales en el Perú.

En el Seguro Social Obrero, por ejemplo. Se promulgó la Ley 8433 el 12 de agosto de 1936, sin embargo la fecha de inicio de los aportes no fue en esa oportunidad sino en el mes de enero de 1941. Obviamente, los períodos de cotizaciones para la obtención de un beneficio se deberán considerar no desde la fecha en que se promulgó la norma sino desde enero de 1941 en que se inició, efectivamente, el pago mensual.

Incluso, en algunas disposiciones legales se incluye la fecha posterior a la vigencia de la norma.

Además, la diferencia la ponen también los trabajadores independientes que cotizan desde la fecha en que se les indica en el documento que les autoriza a hacerlo.

Condicionamiento para la obtención de derechos.

El reconocimiento de los períodos de aportación para que una persona acceda a un derecho se ha discutido en algunos casos, tanto en la obligación del descuento y del depósito del monto como por el nacimiento de la obligación o el transcurso del tiempo. Es decir, en algunos casos, como se viene indicando, no sólo se exige el pago efectivo del aporte sino la fecha desde la cual se deben considerar.

Y en este caso se presenta la situación de los aportes efectuados –o que debían haberse efectuado – en el caso del Seguro Social del Empleado. Este régimen nace en dos etapas: primero, en 1948, el Seguro de Enfermedad-Maternidad y, luego, en 1962, la Caja de Pensiones. Su nacimiento abarca las dos ramas antes citadas, pero su aplicación efectiva se retrasó en una de ellas, debido a razones económicas y financieras consideradas en la misma norma de nacimiento.

Así fue considerado administrativamente desde su creación hasta los años recientes en que tanto a nivel del Poder Judicial como del propio Tribunal Constitucional, se ha determinado que los aportes deben ser reconocidos –para ambas ramas – desde la fecha

de su creación, 1948, aun cuando la Caja de pensiones recién entró en funcionamiento en 1962.

Incluso un Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la República considera que el Decreto Ley 10941 que creó el Seguro Social del Empleado significaba la creación de un sistema de Seguro Social y ello basta para que se genere la obligación de aportar aun cuando esto no haya sucedido o hayan sido destinado a otros aspectos. Esta norma establecía que los aportes estaban destinados al otorgamiento de prestaciones provisionales de riesgos de enfermedad, maternidad y muerte.

Frente a todo ello, es necesario tener en cuenta que los argumentos para reconocer aportes no efectuados no son convincentes pues la ley de creación del Seguro Social del Empleado (1948) establece la diferencia entre los fondos de una y otra rama de protección (salud y pensiones). Tampoco se indicaba que los fondos (basados en los aportes) iniciales debían ser dirigidos a los riesgos de invalidez, vejez y muerte sino a la construcción y equipamiento de hospitales. Y lo más determinante es la propia norma que establece el inicio diferenciado de ambas ramas.

Además, es bueno referirse a las modificaciones que se han producido en nuestra legislación respecto del pago de aportes. En el Sistema Nacional el aporte ha sido bipartito (empleador y trabajador). Sin embargo, además de la modificación del porcentaje de aportación, en los años noventa se modificó la estructura de pago, quedando el aporte en pensiones sólo como un porcentaje de la remuneración a cargo del trabajador mientras que en prestaciones de salud el porcentaje (también de la remuneración del trabajador) como una obligación del empleador.

Entretanto, en el Sistema Privado, desde el inicio, es un aporte sólo del trabajador. Con la reforma del año 2012 se trató de modificar la estructura del pago que era del flujo (porcentaje de la remuneración) a saldo (porcentaje en función a la rentabilidad que obtenga el ahorro del afiliado). No han sido muchos los afiliados que han cambiado de modalidad.

IV. SITUACIONES DE LA RELACIÓN APORTE-BENEFICIO.

La relación aporte-beneficio que venimos comentando se basaba en la cotización sobre el salario o remuneración del trabajador en tanto se trataba de asegurados con relación de dependencia laboral (obligatorios de afiliarse a un sistema de pensiones). Esta situación cambió con la irrupción del Sistema Privado en que la cotización se realiza sobre el ingreso del trabajador, puesto que éste puede aportar obligatoriamente sobre los ingresos que tenga. Es decir, el aporte o cotización en este sistema se basa en un porcentaje de su remuneración pero, además, puede agregarse otro monto adicional personal si el trabajador desea.

Ello no impide que la relación aporte-beneficio siempre se presente y genere consecuencias en el beneficio.

4.1. TOPES DE PENSIONES EN EL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES

Uno de los primeros aspectos que se produjo paralelamente al crearse el Sistema Privado de Pensiones, fue la modificación de diversas normas del Sistema Nacional (Público). Y una de ellas fue la de fijar topes a las pensiones en este último Sistema.

Cuando un sistema se encuentra en difícil situación económica financiera uno de las primeras recomendaciones que se efectúa es modificar algunos aspectos como la fijación de la edad, la tasa de aportación, modificar la forma de cálculo, entre otras. Una de esas medidas se adoptó y fue la de fijar el tope de montos pensionarios en base a una suma fija, no como era antes, en función a la remuneración máxima asegurable sobre la cual se aportaba.

En este caso, la nueva fijación rompe también la relación aporte-beneficio por lo menos en cuanto a la equidad puesto que se adopta un criterio arbitrario que lejos de relacionar ambos conceptos hace prevalecer el monto fijo de la prestación ante un aporte –producto de una remuneración– que puede ser un monto mayor.

Como señala la OIT indica, el máximo "… debe establecerse de tal manera que la proporcionalidad de las prestaciones a las remuneraciones sea una realidad práctica para la mayoría de los trabajadores" (OIT, 1987; 125)

Si una persona cuenta con una remuneración mayor a la del monto fijo establecido, no se toma en cuenta para la remuneración de referencia que es la base para el cálculo de una pensión de jubilación. Si una persona tiene una remuneración promedio de 3 mil soles durante un tiempo determinado, no le servirá para una cuantía de pensión más allá de 857 soles (monto actual de la pensión mensual máxima)

El criterio anterior relacionaba el aporte con el beneficio, pues la pensión máxima de jubilación podía llegar a ser un 80% del monto máximo asegurable. Relación aporte-beneficio.

Al contrario, la pensión mínima en el mismo Sistema Nacional de Pensiones –también monto fijo, 415 soles mensuales –no siempre representa el monto porcentual de la remuneración que percibe aunque debe tenerse en cuenta la remuneración mínima asegurable (Remuneración mínima vital, 857 soles). Podría darse el caso de remuneración de referencia menores por diversos fundamentos como el hecho de no haber aportado algunos meses y dar lugar a pensiones menores a los 415 soles

OBLIGACIÓN DE EFECTUAR LOS APORTES

En el Sistema Nacional de Pensiones los períodos de aporte se reconocen aun cuando no se hubiera efectuado el depósito efectivo de los mismos. El Decreto Ley 19990 así lo reconoce y debe aplicarse tanto para el derecho como para el cálculo de la cuantía de la prestación. Si bien, en algún momento se intentó la derogatoria de dicha norma, posteriormente se volvió al criterio de reconocerlos.

Se debe entender que los aportes no depositados serán materia de recuperación por parte de la entidad administradora ante el empleador que ha omitido el cumplimiento de su pago.

Se establece claramente que la relación aporte-beneficio se debe cumplir aunque el primero de los factores no se haya cumplido íntegramente. Es la distinción respecto de otros sistemas contributivos privados en que si bien no se da en el derecho sí es fundamental para la cuantía por tratarse de ahorro personal de afiliado.

Incluso, en algún momento el Seguro Social de Salud denegó la atención médica a su asegurado regular puesto que su empleador –responsable del pago el aporte – no había cumplido con hacerlo. Y todo ello, pese a que la legislación peruana establece que dicho incumplimiento no es obstáculo para llevar a cabo la atención médica. Se trataba entonces de una atención médica por parto.

Fue una medida oficial que iba más allá de la norma vigente en la relación entre el aporte –en este caso, a cargo del empleador – y el derecho del asegurado a solicitar y obtener la prestación; con el agravante de que se trataba de una atención médica con oportunidad.

En el caso de la legislación de los sistemas de pensiones en nuestro país, público y privado, sucede algo similar. No obstante, los sistemas generales, siendo ambos contributivos, se diferencian debido a la naturaleza de los aportes en cada uno de ello.

4.2. EXONERACIÓN DE APORTES

En los últimos años se han generado algunas situaciones de exoneración de aportes sin mayores fundamentos. Uno de ellos ha sido la exoneración de aportes a las gratificaciones de julio y diciembre que perciben los trabajadores en esos meses.

A primera vista –y ese fue uno de los argumentos para eliminarla – no existe relación entre aporte y beneficio. Más aun, se consideraba que el aporte era en vano puesto que no incidía en la prestación que se otorgaba. No obstante, además, de incidir en el sostenimiento económico del sistema contributivo tiene vinculación con el derecho y el cálculo de dicha prestación, específicamente de un sistema de pensiones de beneficio definido (Sistema Nacional) y de cotización definida (Sistema Privado)

En el Sistema Nacional será parte de la remuneración de referencia, base para la fijación porcentual de la prestación. Si no existe aporte en julio y diciembre, por gratificaciones (además de su aporte mensual), la remuneración de referencia tampoco se verá incrementada con la cantidad que perciba en esos meses y sobre la cual se calculará la cuantía de la pensión. Obviamente, la prestación será menor. Aunque es importante tener en cuenta el monto máximo de pensión en este sistema equivalente a 857 soles mensuales que se comenta en el punto anterior.

En el Sistema Privado de Pensiones influirá directamente en la prestación que pueda percibir el afiliado puesto que su fondo –producto de sus ahorros – será menor por la no aportación del dinero que correspondía por sus gratificaciones de julio y diciembre.

4.3. REINCORPORACIÓN AL TRABAJO DE LOS PENSIONISTAS. SUS NUEVAS COTIZACIONES

Siempre ha existido esta incompatibilidad en el Sistema Nacional (sistema público). No podía percibirse ambos conceptos salvo alguna penalidad o tope en el nuevo cálculo o en la nueva pensión. Sin embargo, al dejar de trabajar en su segunda oportunidad, se reliquidaba la pensión original incluyéndose los nuevos aportes y la nueva remuneración (con el tope de una remuneración mínima vital para la nueva remuneración de referencia), para dar lugar a un nuevo monto del beneficio.

Las nuevas disposiciones legales del Sistema Nacional de Pensiones, ley 28678, actualmente vigente, modifica el artículo 45° del D.L. 19990. La regla siempre es la incompatibilidad, pero permite la posibilidad de percibir pensión y remuneración.

"Artículo 45. – …

Excepcionalmente, el pensionista trabajador podrá percibir simultáneamente pensión y remuneración o retribución, cuando la suma de estos conceptos no supere el cincuenta por ciento (50%) de la UIT vigente.

La ONP mediante acción coactiva recuperará las sumas indebidamente cobradas, en caso de que superen el cincuenta por ciento (50%) de la UIT y no se suspenda la pensión por el Sistema Nacional de Pensiones. Para tal caso pueden también ser compensadas las sumas que se le adeudare por tal concepto, reteniendo una suma igual al sesenta por ciento (60%) de las pensiones que pudieran corresponder al pensionista cuando cese en el trabajo, hasta cubrir el importe de las prestaciones cobradas indebidamente.

El aporte de los trabajadores pensionistas será tanto en la pensión como en la remuneración de acuerdo al porcentaje estipulado en la ley para cada uno de estos ingresos."

Sin embargo, existe la afectación a la relación aporte-beneficio en cuanto a que, al término de su nuevo período laboral, recupera la pensión original sin considerar los nuevos períodos aportados ni la nueva remuneración; el aporte, si la persona continúa en el SNP, debe realizarse normalmente (13% de la remuneración o retribución que perciba). En cambio, si se afilia al SPP no es necesario que aporte, por tanto, su nuevo ingreso remunerativo no estará afecto a ningún descuento; es decir, la relación aporte-beneficio se afecta si es que continúa en el Sistema Nacional mas no si es que se traslada (por el nuevo trabajo) al Sistema Privado.

En el Decreto Ley 20530, régimen de los empleados públicos (fue cerrado en el año 2004, no obstante, continúan vigente las reglas para quienes tienen la condición de pensionistas o que siguen trabajando) un pensionista puede reingresar a trabajar al Sector Público, pero debe proceder a suspender su pensión. Es decir, existe incompatibilidad

absoluta entre la percepción simultánea de sueldo y remuneración, si ambos conceptos son del Sector Público, salvo que una de ellas sea por docencia.

No existe incompatibilidad con alguna labor del sector privado, en donde, incluso, puede tener derecho a otra pensión. Es decir, no se afecta la relación aporte-beneficio.

4.4. RELACIÓN APORTE-BENEFICIO EN EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES. DEVOLUCIÓN DE APORTES

La relación aporte-beneficio es, como se viene indicando, fundamental para los regímenes contributivos. En el Sistema Privado de capitalización individual, se trata de un ahorro personal, el cual está sujeto a inversiones cuya rentabilidad incrementa el fondo individual.

No se presenta como un condicionamiento indispensable para la adquisición de un derecho, pero sí será muy importante para la fijación de la cuantía. A mayor ahorro (aporte) mayor beneficio (pensión): clara relación aporte-beneficio.

A diferencia del Sistema Nacional de Pensiones, en este caso la obligación del pago sí es un aspecto sustancial para la fijación de la cuantía antes mencionada. El cálculo de esta cuantía será determinado previa verificación del ahorro depositado en la Cuenta Individual del afiliado regular. Y es acá donde se pueden presentar algunos inconvenientes para aquellos trabajadores que tienen remuneraciones bajas y cuya pensión, indudablemente, también será baja.

Pero, además, también se puede presentar la omisión en el descuento y/o pago de la cotización o aporte por parte del empleador, con lo cual se perjudicaría al afiliado en el cálculo de cuantía, especialmente en la pensión de jubilación. Obviamente, si el empleador se mantiene en operatividad, podrá ser materia de acciones judiciales para lograr el cumplimiento pero entretanto su cuantía correcta se mantendrá pendiente, en su totalidad.

DEVOLUCIÓN DE APORTES

Pero, además, en el Sistema Privado de Pensiones se ha presentado recientemente una situación *sui generis* en la que el afiliado puede solicitar la devolución de sus aportes, en determinadas condiciones.

Se trata de la Ley 30425 que contiene, principalmente, dos puntos: a) El afiliado puede optar por retirar hasta el 95.5% del fondo de su Cuenta Individual, al cumplir 65 años de edad; b) El afiliado puede retirar sus ahorros si se encuentra en enfermedad terminal o con cáncer.

La devolución del 95.5% fue complementada por una norma posterior que determinó que el restante 4.5% del total de los ahorros es transferido al Seguro Social de Salud, Essalud, para la atención médica de los afiliados –no, pensionistas – que optaron por retirar sus fondos.

Se traslada la relación aporte-beneficio al Seguro Social de Salud con el consiguiente problema para su sistema de financiamiento en cuanto habrá que ver si la cantidad aportada podrá ser suficiente para cubrir la atención médica de personas de edad avanzada.

4.5. EL DERECHO DE LATENCIA EN LOS REGÍMENES DE SALUD

Es una de las situaciones especiales de nuestra Seguridad Social en la que el aporte es una referencia para la adquisición del derecho y no su obligado cumplimiento y paralelo al derecho. Pertenece al ámbito de la Seguridad Social en Salud, vigente en nuestro país.

El asegurado regular del sistema de salud que administra el Seguro Social de Salud, EsSalud, tiene derecho a un período denominado de latencia, con posterioridad al término de su vínculo laboral y según el período de aportación que hubiere tenido mientras era trabajador cotizante.

Así, el asegurado – ya sin vínculo laboral, por tanto, sin la obligación de aportar – puede acceder a las prestaciones asistenciales. La relación aporte-beneficio no se presenta, por el contrario no es obstáculo para el otorgamiento de la prestación al titular y sus derecho habientes. Más aun, en determinados casos se puede acreditar el período de latencia como período aportado –aunque no haya sido efectivamente realizado su pago – para cumplir con las condiciones de adquisición de un derecho.

4.6. TOTALIZACIÓN DE APORTES EN DIFERENTES PAÍSES

Se trata del reconocimiento de aportes (sea como períodos o como ahorros) cuando se produce alguna migración laboral entre los países de Iberoamérica sujetos al Convenio multilateral iberoamericano. Se puede hacer uso de esta posibilidad si es que se trata de trabajos por tanto, aportes, en diferentes países en que pudiera estar vigente el mencionado Convenio.

La totalización o acumulación de períodos aportados o ahorros efectuados, puede darse para lograr cumplir las condiciones de la obtención de un derecho o para mejorar la cuantía en el país en que se deberá aplicar las normas, según el Convenio. Se tratará de la relación aporte-beneficio entre países.

V. CONCLUSIONES

La relación aporte-beneficio se presenta en los sistemas contributivos de seguridad social sean estos generales, especiales o complementarios; o, sean públicos o privados. Pero, además, debe quedar como conclusión que el objetivo de los aportes es el adecuado funcionamiento económico de los sistemas y el reconocimiento oportuno y suficiente de las prestaciones que se otorgan.

Los conceptos de aporte y beneficio de manera independiente tienen sus propias características y, a su vez, se aplican según normas específicas para su aplicación.

No obstante, la relación entre aporte y beneficio genera una importante unificación de dichas características que, en conjunto, propician situaciones reguladas por las normas de seguridad social, según sean los regímenes de pensiones en que el que se suceden.

Igualmente, la falta de esa relación puede generar situaciones, por lo general, desfavorables para el afiliado al sistema. Ejemplo de ello son las pensiones máximas en el Sistema Nacional (Público) que no corresponden a una reciprocidad y equilibrio entre ambos conceptos.

Asimismo, se generan situaciones especiales como las citadas en el presente comentario: derecho de latencia, falta de pago de cotizaciones, obligatoriedad en el pago de tales cotizaciones, fecha desde la cual se deben efectuar, fijación de pensiones mínimas y máximas, entre otras.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

- **BUENAGA CEBALLOS, Óscar 2017,** *El derecho a la Seguridad Social, Fundamentos éticos y principios configuradores,* Editorial Comares, Granada 2017.
- **DELGADO, Jaime y FUERTES, Aldo,** 2010, ¿Qué futuro nos espera? Los fondos de pensiones, Primera edición, noviembre de 2010.
- **ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1984,** *La seguridad social en la perspectiva del año 2000,* Primera edición 1984, Ginebra.
- **ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1984,** *Introducción a la Seguridad Social,* 1987, Ginebra
- **RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, 2007,** *Derecho de la Seguridad Social,* Cuarta edición, editorial Grijley, Lima, 2007.

LA OIT Y LA FLEXIBILIDAD

Jorge Rendón Vásquez[1]

(Perú)

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue creada por el Tratado de Versalles, suscrito el 28 de junio de 1919. Con este acuerdo se puso fin a la Primera Guerra Mundial. Pero, además, con la OIT, las clases capitalistas de los países más desarrollados económicamente y la Socialdemocracia entendían poner fin a la lucha de clases y desterrar la revolución como procedimiento de cambio social.

Así lo habían ya determinado los dirigentes de los empresarios y de la central laboral socialdemócrata de Alemania con el Pacto Stinnes-Legien. La Constitución de Weimar, aprobada en junio de 1919, extendió y formalizó ese pacto por el cual la Socialdemocracia renunciaba a la revolución, cuyo candente ejemplo estaba en Rusia, y una parte del capitalismo alemán se comprometía a reconocer determinados derechos sociales y la vía para alcanzarlos dentro del marco legal.

La OIT fue concebida como un foro conformado por cuatro delegados de cada Estado: dos del gobierno, uno de las organizaciones de empleadores y otro de las organizaciones de trabajadores. Le atribuyeron la función principal de aprobar convenios y recomendaciones sobre asuntos laborales y otros de significación social, por una mayoría de dos tercios de sus integrantes. Los convenios podrían ser incorporados a la legislación interna de cada país por el trámite de la ratificación.

---

(1) Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Docteur en Sciences Sociales du Travail y Docteur en Droit por la Université Paris I (Sorbonne), Profesor Emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.

En cambio, las recomendaciones complementarían los convenios, los explicarían o quedarían como proyectos de convenios en espera de su adopción.

Para sus autores, la composición de la OIT debía reproducir a escala internacional la función arbitral del Estado en los conflictos laborales internos. Tal la causa de que a cada gobierno se le concediera dos votos de los cuatro atribuidos a cada Estado. Así el poder decisorio de la OIT era asignado a los gobiernos, casi todos capitalistas, cuyos delegados harían causa común con los representantes empresariales. No ha sido posible cambiar esta conformación tan rígida.

El primer convenio aprobado por la conferencia de la OIT, poco después de haber sido constituida, fue el reconocimiento de la jornada de ocho horas por la que habían venido luchando los trabajadores desde mediados del siglo XIX. Para sus creadores expresaba de manera pragmática el ánimo de conciliación para la que esta organización había sido creada.

En los años siguientes, el impulso inicial vivificante de la OIT perdió fuerza hasta casi extinguirse, mientras los conflictos políticos y sociales se multiplicaban y aumentaba la tensión interna e internacional.

Al terminar la Segunda Guerra Mundial, el pacto social, conocido como "espíritu de Weimar", se reprodujo en la voluntad de las más importantes fuerzas económicas y sociales europeas, incluidos los partidos comunistas. Tomó la forma de constituciones políticas, la última de las cuales fue la española de 1978.

Los Estados se agruparon en las Naciones Unidas, creada por decisión de los tres grandes (Roosevelt, Churchill y Stalin), en las conferencias de Teherán, de noviembre y diciembre de 1943, y de Yalta, de febrero de 1945. Su propulsor, el presidente de los Estados Unidos Franklin D. Roosevelt, pretendía alejar con ella el flagelo de la guerra y conferirle aplicación al Derecho Internacional Público como la normativa rectora de las relaciones de los Estados. En torno a las Naciones Unidas surgieron otras organizaciones especializadas, a las que fue añadida la OIT.

Reflejando este espíritu de cooperación y conciliación, la asamblea de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de Derechos Humanos en París, en diciembre de 1948, y la conferencia de la OIT adoptó, por su parte, los convenios 87, en junio de 1948, y 98 en junio de 1949, sobre la libertad sindical y la negociación colectiva. Fueron los máximos logros de la OIT debidos a la euforia y al optimismo de las mayorías sociales en esos años de la postguerra.

Luego, esta organización ingresó a un largo período de existencia burocrática, disimulado por una permanente campaña de autopropaganda y estimulado sólo por la presencia de los países del Tercer Mundo.

Llevados por su interés de controlar la actividad de la OIT, los países económicamente más desarrollados mantuvieron en su conferencia y sus comisiones delegaciones de profesionales especializados en representación de los gobiernos, empleadores y

trabajadores. Además, los delegados empresariales y laborales se agruparon en determinadas organizaciones internacionales. Como resultado de la correlación de fuerza entre esos grupos las decisiones de la OIT pasaron a elaborarse por ellos. Los delegados de los países con menor desarrollado económico, que ingresaron después, no disponían de la formación ni de los recursos necesarios para contrarrestar esa influencia, y terminaron sumándose a uno u otro grupo.

Tras esta manera de generar los acuerdos, la OIT continuaba bajo el dominio inflexible del capitalismo gracias a su conformación de cuatro delegados por Estado: dos del gobierno, uno de los empleadores y otro de los trabajadores, lo que confiere a los gobiernos el 50% de los votos, a los empleadores del 25% y a los trabajadores el 25% restante, tanto en la conferencia como en las comisiones.

En el trámite de la aprobación de los convenios y las recomendaciones esos porcentajes funcionan de la manera siguiente.

Usualmente los delegados de los gobiernos no intervienen en su discusión. El debate opone a los delegados de los empleadores y los trabajadores, y es una verdadera negociación colectiva, cuyo resultado depende en parte de la unidad de criterio de las organizaciones de trabajadores, que no siempre se logra, puesto que algunas se inclinan por las propuestas de los empresarios. Forzosamente, entonces, el nivel protector de los trabajadores de cada proyecto de convenio o de recomendación desciende hasta lograr la aceptación de los delegados empresariales. Alcanzada la conformidad de los representantes de los empresarios y los trabajadores, los proyectos de normas son presentados a la conferencia, en la que, por lo general, los representantes de los gobiernos suman su adhesión a lo que viene ya acordado en las comisiones, salvo cuando algunos gobiernos de mucho poder e influencia estiman que se ha ido muy lejos en los alcances de los proyectos y los rechazan. Si un proyecto no reúne los dos tercios de los votos de la conferencia (no de los asistentes) no se convierte en norma. Esto implica que, para lograr la aprobación de una norma, al 25% de los votos de los empresarios más el 25% de los votos de los trabajadores, para el caso de que ambos se pronuncien a favor, se debe añadir aún un 17% de votos de los gobiernos. Nunca en la historia de la OIT se ha dado el caso del voto conjunto de los gobiernos y los trabajadores, ni tampoco de los gobiernos y los empresarios, haciendo la mayoría legal para aprobar un convenio o una recomendación.

A pesar del tenue o ínfimo nivel protector de los trabajadores de la mayor parte de convenios de la OIT, para los trabajadores de muchos países con menor desarrollo industrial, social y cultural no dejan de ser importantes y, si han sido ratificados por sus gobiernos o parlamentos, se aferran a ellos, buscando un trato más equitativo de sus empleadores. En los países más desarrollados económicamente, los derechos de los trabajadores están, por lo general, por encima de los mínimos de los convenios de la OIT y, por lo tanto, las organizaciones laborales no los invocan en sus reclamaciones.

Los mismos porcentajes de votación operan cuando se examinan las quejas de las delegaciones sindicales sobre el incumplimiento de determinados convenios, por lo

general sobre infracciones a la libertad sindical y discriminación. Los delegados de los empresarios y trabajadores en las comisiones pertinentes, en su mayor parte profesionales en esta labor, escuchan las denuncias e interrogan a los delegados gubernamentales del gobierno quejado, quienes niegan lo alegado, casi siempre de manera imperturbable y hasta indiferente. Y si se llegara a declarar fundada una denuncia, por dos tercios de los votos evidentemente, se cursará el acuerdo al gobierno quejado, y allí quedarán las cosas, archivadas en alguna gaveta, puesto que esas decisiones carecen de *imperium*. A lo sumo, se podrá imaginar a los delegados de los gobiernos condenados llevando un cucurucho de papel en el que se hubiera escrito la palabra culpable.

Y, sin embargo, hay siempre denuncias, en su mayor parte de organizaciones sindicales de los países menos desarrollados, que les insumen recursos en honorarios profesionales, viajes, hospedaje, alimentación y justifican la existencia de las comisiones formadas por delegados y funcionarios, encargadas de recibir y tramitar las denuncias, y pronunciarse sobre ellas(2).

La presencia en la OIT de representantes de los Estados socialistas y de muchos del Tercer Mundo, que constituían el Grupo de los 77, determinó la formación de un movimiento por la reforma de su estructura para darle mayor alcance y dinamismo a la función protectora de los trabajadores. Desde la década del sesenta, todos los años invariablemente, al reunirse la conferencia, se planteaba este tema y hasta se creó una comisión especializada permanente para debatirlo. Nunca se llegó a proponer a la conferencia los cambios sustanciales postulados por esos delegados. No llegaban a los votos suficientes, según la Constitución de la OIT. La desaparición de los Estados socialistas del Este europeo a fines de la década del ochenta y comienzos de la del noventa y la dispersión del Grupo de los 77 puso fin a esta campaña reformista.

El mecanismo de la OIT favorable al capitalismo fue exacerbado por la ola neoliberal desencadenada en la década del ochenta por los ideólogos de las grandes corporaciones con la finalidad de reducir la protección social brindada por el Estado de Bienestar. Esta corriente se extendió a las relaciones laborales con la denominación de "flexibilidad", penetró en los ambientes universitarios y convirtió en sus apóstoles a respetables profesores que habían hecho carrera defendiendo el carácter protector de los trabajadores del Derecho del Trabajo. Así preparado el terreno ideológico, la flexibilidad enroló a los partidos de derecha, socialdemócratas y populistas, los que, desde el Estado, a cuyo control llegaron con una mayoría de votos de trabajadores, comenzaron la demolición de los derechos sociales para incrementar las ganancias de los empresarios.

Desbordada sobre la OIT, esa ola la redujo a la condición de un campo casi inerte. Los delegados empresariales se envalentonaron, y los delegados de las organizaciones

(2) El presente artículo debía ser publicado en Buenos Aires por una asociación de abogados laboralistas, cuyos dirigentes me lo pidieron. Pero cuando lo leyeron, me dijeron que no lo publicarían ¿Qué había sucedido? Algunos de esos abogados se horrorizaron, otros se escandalizaron y los menos lo consideraron inconveniente. Tan prominentes juristas redactan esas denuncias y van a Ginebra con sus patrocinados a sustentarlas. Nota del 28/8/2018.

de signo socialdemócrata tuvieron que bajar la voz. Aunque sin declararlo oficialmente, la burocracia de la OIT amplificó la orientación de los grupos que mandaban en el consejo de administración y la conferencia.

En 1998, la conferencia culminó la estrategia precarizadora al limitar a cuatro los principios que debían respetarse en las relaciones laborales: a) la libertad de asociación sindical y el reconocimiento de la negociación colectiva; b) la eliminación de toda forma de trabajo forzoso; c) la abolición del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Quedaba sobreentendido que el terreno estaba allanado para hacer desaparecer los otros derechos sociales.

Un año después, el consejo de administración, de composición marcadamente neoliberal, nombró al abogado y diplomático chileno Juan Somavía, quien completó esa declaración, afirmando que los cuatro principios indicados conforman lo que denominó "trabajo decente". Se debía suponer que es indecente el trabajo al que le faltan uno o más de esos principios, y que no deja de ser decente el trabajo al que le sustraigan otros derechos y se le precarice. La expresión "trabajo decente" se difundió como un eslogan entre ciertos profesores universitarios y abogados, incluso defensores de trabajadores, que la aclamaron como el vellocino de oro laboral, sin reparar o fingiendo no reparar en su razón de ser. Juan Somavía sirvió tan bien a sus mandantes que lo reeligieron en 2004 y 2009 para quedarse hasta 2014.

Y, así, con su extensa y bien pagada burocracia, en Ginebra y sus oficinas regionales, la OIT sigue cumpliendo fiel y eficientemente el papel de diversión para el que fue creada.

Como en las fábulas de los grandes moralistas, se podría extraer de su condición una moraleja: la adquisición y defensa de los derechos sociales depende de la intensidad y constancia de la lucha de sus beneficiarios, los trabajadores, y de la correlación de su fuerza con la de los grupos capitalistas. Los trabajadores, sus dirigentes y sus asesores, que siguen obnubilados por la OIT, tendrán que ver en algún momento que el escenario cinematográfico de esta organización sólo les aporta fantasía mientras dura la función en sus comisiones y conferencia.

(15/4/2015)